Rechtswissenschaft
des
Gesetzbuchs Napoleons
und der übrigen
bürgerlichen Gesetzgebung
des Königreichs Westphalen,
oder
Sammlung von Entscheidungen
des königlichen
Appellations-Hofes zu Celle
und
Abhandlungen
über die
entschiedenen und andere Rechtsfragen,

von
Friedrich Karl von Strombeck,
Präsidenten des königl. Appellations-Hofes zu Celle, Ritter des Ordens der westphälischen Krone und Mitgliede der Stände des Königreichs Westphalen.

Zweites Heft.

Braunschweig, 1812.
Bei Friedrich Vieweg.

Vorrede.

Mein Zweck bei der Unternehmung des gegenwärtigen Werks war, zur Bildung einer Jurisprudenz der neuen Gesetzgebung meines Vaterlandes beizutragen, wie, ihrem Wesen nach, sie ihr durchaus nothwendig ist. Ich fand, daß ein genaues Studium der Quellen des neuen Rechts und der französischen ältern und neuern Jurisprudenz (jene zum Theil selbst Quelle), um zu jenem Zwecke zu gelangen, durchaus nothwendig sey: daher unterzog ich mich diesem Studium mit einer Sorgfalt, wie sie des Gegenstandes Würde und meines Amtes Pflichten zu erheischen schienen. Bald fand ich aber, daß dieses Studium, zwar hinlängliche Aufschlüsse über den Geist der Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs gebend, oft über einzelne Theile in dem Gange des gerichtlichen Verfahrens im Dunkeln ließ: daher der Entschluß, zum zweiten

Mahle Frankreichs Hauptstadt zu besuchen, welchen ich, im Julius und August des vorigen Jahres, ausführte. Dort vernahm ich denn vor dem obersten Gerichtshofe des großen Kayserthums und vor den übrigen hohen und niedern Gerichten das lebendige Wort vortrefflicher Redner, und, vorzüglich durch die Güte des Herrn Daniels, General-Advocaten am Cassationshofe, sah und lernte ich in den Archiven, Greffen und Bibliotheken der Gerichte (unter denen das große Archiv des kayserlichen Gerichtshofes alles an Ordnung, Zweckmäßigkeit und Pracht übertrifft, was man von ähnlichen Anstalten in Europa sehen kann); dort hatte ich das Glück, die Bekanntschaft des ersten Rechtsgelehrten Frankreichs, des Herrn Grafen Merlin zu machen; dort, vor allem andern aber (welches mich mit tiefer Ehrfurcht erfüllte), bemerkte ich die hohe Würde und das edle Wesen, welche, auch in den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens, die französischen gerichtlichen Magistrate auszeichnet:

ich glaubte vor jenen Richtern des Alterthums zu stehen, welche, statt aller Titel, die Rechtsuchenden mit einem: „Sanctissimi viri“ *) anzureden pflegten, und welche sich nicht zu schämen brauchten, diesen ehrwürdigsten aller Titel anzunehmen.

Möge das Publicum die Beweise, daß ich Frankreichs Gerichte nicht nutzlos sah, in diesem Werke finden: dann glaube ich einen Theil des Danks abgetragen zu haben, den ich den Rechtsgelehrten, sowohl meines Vaterlandes als des Auslandes, für den nachsichtigen Beifall, womit sie meine Bemühungen beehrten, schuldig bin.

Celle, am 1sten März 1812.

F. K. von Strombeck.

---

*) Quintiliani decl. z. B. Decl. XVI.

Druckfehler im 2ten Heft.

Seite 302, Zeile 10, statt: ohne Einschränkung, und nicht... lies: ohne Einschränkung nicht, und... — S. 334, Z. 24, st. Sie beantwortet, l. Es beantwortet. — S. 348, Z. 9, st. welchen, l. welcher. — Daselbst Z. 14, st. Bemerkung, l. bemerklich. — S. 375, Z. 16, st. anerkennt, l. anerkannt. — S. 391, Z. 4 in der Note, st. Vernichtigung, l. Berichtigung. — S. 406, Z. 13 nach dem Worte: eine, setze hinzu: Klage auf. — Das. Z. 24, st. zuzugeben, l. zu geben. — S. 412, Z. 13, st. nachmahligen, l. nochmahligen. — S. 425, vorletzte Zeile, st. gesetzlich, l. gesetzwidrig. — S. 438, Z. 19, st. wenige, l. ewige.

Da einige dieser Druckfehler den Sinn verstellen, so bitte ich um deren Verbesserung vor der Lesung.

XXI.

Ehescheidung. — Von Amts wegen aufgelegter Eid.

Kann der Richter in Ehescheidungssachen der einen Partei von Amts wegen den Eid auflegen?

Die im gegenwärtigen Aufsatze abzuhandelnde Rechtsmaterie [1]) hängt mit den Gegenständen,

1) Die jetzt so häufigen Ehescheidungsklagen (unstreitig eine Folge der irrigen, von einigen Gerichten, durch die Leichtigkeit, mit welcher sie Scheidungen zulassen, beförderten, Meinung, daß nach der jetzigen Gesetzgebung nichts schneller zu erhalten stehe, als eine Ehetrennung) werden die traurige Veranlassung seyn, daß noch öfter von dieser Materie in der gegenwärtigen Sammlung die Rede seyn wird. Möchten sich doch die Gerichte ganz den Geist der Napoleonischen Gesetzgebung in dieser Materie zu eigen machen; (den Locré und Maleville in ihren Werken so treffend darstellen) möchten sie doch bedenken, daß sie das Wohl ganzer Geschlechter durch unnöthige Trennungen zerstören; daß sie dadurch nachtheilig auf den Geist der Zeit einwirken, indem sie ein Band als leicht aufzulösen darstellen, welches seiner Natur nach auf die ganze Dauer des Lebens geknüpft erscheinen soll! — Wie viele unglückliche Ehen erzeugte schon

welche in den Aufsätzen No. VII. und VIII. des ersten Heftes erörtert wurden, auf das genauste zusammen; daher ich, um Wiederholungen zu

---

der Gedanke an die Möglichkeit der Auflösung dieses Bandes, welches, sich als unzerstörlich stets dem Sinne der Gatten darstellend, eines friedlichen Beisammenlebens bestes Beförderungsmittel unstreitig ist! „L'époux qui voudra arriver au divorce aura toujours une foule de moyens pour rendre à l'autre la vie insupportable.“ (Maleville analyse, T. I., p. 243.) — Wer wird eigner Glückseligkeit muthwilliger Zerstörer werden, wenn er nicht hoffen darf, aus der Zerstörung blühe für ihn eines höhern Glücks neue, schönere Schöpfung auf? Ich bin daher fest davon überzeugt (eine Ueberzeugung, in welcher mich die während drittehalb Jahren ausgeübten Functionen eines Präsidenten eines Tribunals erster Instanz befestigt haben), daß im Ganzen das eheliche Glück durch eine Legislation, welche die völlige Unzertrennlichkeit des Ehebandes ausspräche, sehr befördert werden würde. Freilich würde mancher unglückliche Gatte sein Lebensglück dem allgemeinen Besten zum Opfer bringen: aber muß der Gesetzgeber nicht das Allgemeine vor Augen haben? Man braucht den Menschen nur eine Thür, wodurch sie zur Erreichung eines, ihre Phantasie und Sinnlichkeit schmeichelnden, Zwecks gelangen können, offen zu lassen, und alsobald wird dieser Weg auch von einer Menge derselben betreten werden. Die weisesten Gesetzgeber (nicht in dem Dunkel der Schule, sondern in des Lebens Helle erzogen) waren stets dieser Meinung, und gaben Vorschriften, begründet auf die Natur der Menschen. „Come dimostrano tutti coloro, che ragionano del vivere civile, e come è piena di essempi ogni istoria, è necessario a chi dispone una republica ed ordina leggi in quella, presupporre tutti gli uomini cattivi, e che li abbino sempre ad usare la malignità dello animo loro, qualunche volta ne abbino libera occasione.“ (Machiavelli, discorsi sopra la prima deca di Tito Livio. L. I., c. 3.)

vermeiden, mich auf jene Abhandlungen beziehen zu können, und nur einige neue Betrachtungen, welche auf die gegenwärtige specielle Frage Bezug haben, hinfügen zu dürfen, glaube.

Die Art. 1366, 1367. C. N. schreiben vor:

„Der Richter kann einer Partei den Eid auflegen, entweder um die Entscheidung der Sache davon abhängig zu machen, oder um nur den Betrag des Gegenstandes der Verurtheilung zu bestimmen."

„Der Richter kann sowohl über die Klage, als über eine dagegen vorgeschützte Einrede, den Eid nur unter folgenden zwei Bedingungen von Amts wegen auferlegen:

1) daß die Klage oder Einrede nicht vollständig erwiesen, und
2) daß sie nicht von allem Beweise entblößt sey.

Außer diesen beiden Fällen muß der Richter unbedingt und schlechthin die Forderung entweder zuerkennen oder verwerfen." 2)

---

2) Vergl. C. vlt. X. de jurejur. (L. II., tit. 25.) Vermuthungen können, nach Maaßgabe des Art. 1353. C. N., nur in den Fällen, wo das Gesetz den Zeugenbeweis gestattet, zugelassen werden, es sey denn, daß ein Geschäft wegen Betruges oder Arglist angegriffen würde. —

Findet diese Gesetzgebung auch im Ehescheidungs-Verfahren wegen bestimmter Ursachen statt? — Dieses war die Frage, von deren Beantwortung die Entscheidung einer am 8ten Junius 1811 vor dem Appellations-Hofe verhandelten Sache abhängig war. [5])

Der Richter hat sich also sehr davor zu hüthen, den nothwendigen Eid nicht in solchen Fällen aufzulegen, wo der Zeugenbeweis nicht zulässig ist, wo aber Vermuthungen vorhanden sind, die, wenn jener Beweis zulässig wäre, allerdings ihn zur Zuschiebung des Suppletorii bestimmen könnten. — Doch ist diese Regel nicht auf die Eingeständnisse der Parteien auszudehnen. Wird durch diese die Sache einigermaßen bescheinigt, so ist es, den Umständen nach, dem Richter allerdings erlaubt, das seiner Ueberzeugung Fehlende durch die Zuschiebung eines Eides zu erhalten zu suchen. Merlin, répert. s. v. Serment § II., T. XII., p. 11. — Erkenntn. des Cassationshofes zu Paris, d. d. 5. Jul. 1808. „Attendu que les juges . . . . ont pu, sans contrevenir aux art. 1341, 1353, 1366, 1367. du C. N., avoir égard aux déclarations faites par les parties elles-mêmes à l'audience, et déférer le serment au demandeur, pour en assurer davantage la sincérité: — la cour rejette le pourvoi. — In dieser Sache war der Zeugenbeweis nicht zulässig, und der Procureur-général concludirte also auf die Verwerfung des nothwendigen Eides, da er durch Vermuthungen begründet würde. Der Cassationshof fand ihn aber durch die Eingeständnisse der Parteien gerechtfertigt, wodurch nicht eine Vermuthung, sondern ein wirklicher Anfang von Beweis, entstand.

5) Nach dem gemeinen und canonischen Rechte findet kein Ergänzungs-Eid statt, dessen Ableistung die Trennung der Ehe zur Folge haben könnte, obgleich Eide, die zur Erhaltung der Ehe dienen können, zulässig sind. G. L. Boehmer, pr.

Der Proceß in Ehescheidungs-Sachen bildet ein völlig geschlossenes System. Alle Vorschriften in dieser Materie sind von dem Richter, bei Strafe der Nichtigkeit, auf das allergenauste zu beobachten. Namentlich schreibt das Gesetz die verschiedenen Audienzen, welche theils vor dem Präsidenten des Tribunals allein, theils vor dem gesammten Gerichte (entweder bei verschlossenen Thüren, oder in öffentlicher Sitzung) statt haben können, auf das genauste vor. Die Zahl dieser Audienzen darf unter keinem Vorwande vermindert [4]) oder vermehrt werden, so wie sie auch sämmtlich lediglich zu dem Zwecke, wozu sie bestimmt sind, nicht aber zu andern Zwecken, verwendet werden dürfen.

Hatte das Gericht ein Zeugenverhör verfügt, so verweist es die Parteien zur öffentlichen Gerichtssitzung, wozu es Tag und Stunde festsetzt. — (Art. 256 C. N.) Diese öffentliche Gerichtssitzung ist zur Abgebung eines Endurtheils ausdrücklich bestimmt (Art. 257.). Kein anderer Zweck darf ihr untergeschoben werden. Nachdem also in die-

---

jur. can., § 815. Schott, Einleit. in das Eherecht, § 228, S. 545. f.

4) Die Verminderung der Zahl der Audienzen, welche dadurch bewirkt wird, daß der Richter, ohne auf Beweis zu interloquiren, sogleich, nach Maaßgabe des Art. 247. C. N., ein Endurtheil abgiebt, kann nicht eingewendet werden: sie ist eine von dem Gesetze ausdrücklich nachgelassene Verminderung

ser Sitzung der beauftragte Richter seinen Vortrag gehalten, und darauf die Parteien alle ihnen zweckdienlich scheinende Bemerkungen vorgebracht, auch der königliche Procurator mit seinen Anträgen gehört war (Art. 257 C. N.): so hat sich das Gericht lediglich mit der Abfassung eines Endurtheils, nicht aber eines abermahligen Interlocuts, zu beschäftigen. Es haben daher die Richter sich allein die Frage vorzulegen: ob sie durch das statt gehabte Zeugenverhör von der Gerechtigkeit des Klaggrundes überzeugt worden, oder nicht. — Ist das erste der Fall, so lassen sie die Ehescheidung zu, wie sie dieselbe im zweiten Falle verweigern. Eine halbe Ueberzeugung, welche noch durch einen Erfüllungs-Eid ergänzt zu werden nöthig hätte, muß, eben deshalb weil sie nicht vollständig ist, ein abschlägliches Erkenntniß zur Folge haben. 5) Es ist dieses schon die natürliche

---

5) Motifs du C. N. T. V. p. 205. „Le juge est incertain, il hésite; sa conscience ne sera tranquille s'il condamne purement et simplement le défendeur, ou s'il repousse purement et simplement le demandeur.“

Bei einer solchen Ungewißheit mag der Richter in gewöhnlichen Civil-Sachen zum gerichtlichen Eide seine Zuflucht nehmen. In einer Sache von so hoher Wichtigkeit, als eine Ehescheidung, ist dies eben so wenig erlaubt, als es, obgleich, nach der jetzigen Legislation, nirgend verbothen, in Criminal- oder Corrections-Sachen erlaubt seyn würde. Vergl. Erkennt. des Westph. Cassat.-Hofes, d. d. 26. Jun. 1811, im Westph. Moniteur, 1811. No. 227.

Consequenz der bestimmten Vorschrift, daß in der nach dem Zeugenverhör statt findenden Sitzung nothwendig ein Endurtheil gesprochen werden muß; daß dieser Audienz keine fernere mehr folgt, worin der auferlegte Eid abgeleistet oder verweigert, und dann ein Endurtheil gesprochen werden könnte. Das Gesetz wollte die Gewißheit haben, daß in den bestimmten Audienzen die Sache auch gewiß beendigt würde: es schloß daher alle fernere Verhandlungen, eben hierdurch, aus.

Die Sache aus diesem Gesichtspuncte angesehen, wird es kaum nöthig seyn, darzuthun, daß der von dem Richter zugeschobene Eid, wenn er erlaubt wäre, eben die nachtheiligen Folgen, als der, den sich die Parteien zuschieben könnten, haben würde. 6) Er würde namentlich, indem er den Beweis erleichterte, oder vielmehr ungewiß machte, auch, gegen des Gesetzes Willen, die Ehescheidung selbst erleichtern. 7) War des Richters Ueberzeu-

---

6) S. Maleville, analyse ad art. 1367. „Pothier dit, que le juge doit être très-réservé à déférer ce serment, et que depuis quarante ans il n'a vu arriver que deux fois qu'une partie fût retenue par ce frein, et se désista de ce qu'elle avoit soutenu: ce n'est plus le cas de se servir de la maxime des romains: Jusjurandi ad lites decidendas praecipua vis esto.“ — Und von einem so unsichern, und, bei dem fast allgemeinen Sittenverderbniß unserer Zeit, fast ganz nichtigen Hülfsmittel, wollte man in einer so wichtigen Sache Gebrauch machen!

7) Jede Seite der Discussionen zeigt, daß man die Ehescheidung nur als ein in dem jetzigen verderbten Zustande der Ge-

gung nicht vollständig, so durfte er auch die Ehescheidung nicht erlauben; und es wäre sehr gefährlich, durch einen zugeschobenen nothwendigen Eid, das an der Ueberzeugung des Richters Fehlende ergänzen zu wollen. Freilich ist die Gefahr unendlich geringer, als wenn man die Ehescheidungen von Eiden, welche sich die Parteien selbst zu-

---

sellschaft nothwendiges, aber auf das Aeußerste einzuschränkendes, Uebel ansah, das man auch nur so lange in der Gesetzgebung beibehalten müsse, als dieser Zustand der gesellschaftlichen Corruption dauert (welches wahrscheinlich noch Jahrhunderte lang der Fall seyn wird). „Que le mariage soit honoré; que le nom et les droits des époux soient respectés; que l'opinion publique régénérée flétrisse également le séducteur et l'infidèle, et nous n'aurons peut-être plus besoin du divorce.“ Exposé des motifs. — Procès-verbaux du cons. d'état. T. II. p. 556. — Vergl. Schreiben des H. Justizministers des Königr. Westph., d. d. 2. Febr. 1811, in Oesterley's Magaz. Thl. III. S. 442. — Abhandl. des H. Dr. Lehzen: Ist bei der Ehescheidungsklage der Entscheidungs-Eid unbedingt zuzulassen? in Oesterley's M. Thl. III. S. 301. Eine schätzbare Abhandl., die hoffentlich dazu beitragen wird [wie es äußerst nothwendig], manche fehlerhafte Ansichten im Ehescheidungs-Verfahren zu berichtigen. Es giebt noch Tribunale, wo man die Ehescheidung rasch, nach dem statt gehabten Eingeständnisse, ausspricht. So ist freilich nichts leichter als eine Ehescheidung zu erlangen! Aber welch' eine Anwendung des Gesetzes! Wahrscheinlich hält man dort dafür: „Quoties dubia interpretatio est, secundum libertatem respondendum erit.“ [L. 20. D. de Reg. jur.] Auch sind bei dem hiesigen Appell.-Hofe bereits mehrere Beispiele vorgekommen, wie sehr die durch das Band der Ehe gefesselten Parteien mit einer solchen responsio pro libertate zufrieden waren.

schieben könnten, abhängig machen wollte; hier wären Verabredungen zu befürchten; aber Gefahr bleibt doch noch stets, obgleich im geringern Grade, auch bei dem Gebrauche des nothwendigen Eides übrig. Nicht zu gedenken, daß keine Spur in dem so bestimmt vorgeschriebenen Ehescheidungs-Verfahren enthalten, daß es erlaubt sey, daß der Richter zu diesem Mittel, seine mangelhafte Ueberzeugung zu ergänzen, die Zuflucht zu nehmen, die Erlaubniß habe, und daß eine solche Erlaubniß in dem förmlichsten Widerspruche mit dem Geiste, worin der Ehescheidungs-Proceß abgefaßt wurde, stehen würde.

Uebrigens leidet es keinen Zweifel, daß die, im Art. 230 Pr. Ord. befindliche, in dem Code de proc. fr. nicht enthaltene, und dem neuern französischen Rechte gänzlich fremde Vorschrift:

„die gleichförmige Aussage zweier ganz unverwerflicher Zeugen macht vollen Beweis,“ [8])

den Richter in Ehescheidungs-Sachen nicht binden kann. In diesen übt der Richter gleichsam das Amt der Geschwornen im Criminal-Processe aus. Lediglich seine eigne Ueberzeugung gibt hier den Ausschlag. [9]) Sind die Umstände von der Art,

8) Vergl. Merlin répert., s. v. preuve, Sect. III. No. 5. T. IX. p. 655.

9) Es kann daher weder das von dem Richter in Ehescheidungs-Sachen ausgesprochene Schuldig, oder Unschuldig,

daß er diese Ueberzeugung durch die Geständnisse der Parteien, in Verbindung mit andern Umständen, Documenten, den Aussagen eines Zeugen u. s. w. erhält, so ist er auch befugt, auf die Scheidung zu erkennen; war aber die Anzahl der, z. B., vortheilhaft für den Kläger aussagenden Zeugen noch so groß, und es sind Umstände vorhanden, welche ihm jene Ueberzeugung rauben: so kann ihn auch nichts zwingen, gegen solche, auf Trennung der Ehe zu sprechen. Schon der Inhalt des 247sten Art. C. N. kann über diese Theorie keinen bedeutenden Zweifel übrig lassen; nirgend ist aber im Ehescheidungs-Verfahren eine Vorschrift enthalten, welche mit der des 230sten Art. der Pr. Ord. übereinstimmend wäre.

Aber ist diese (so höre ich fragen), als ein späteres Gesetz, nicht auch im Ehescheidungs-Verfahren anzuwenden? —

Ich lasse hierauf Locré antworten:

„Cependant (so fragte auch dieser) comme les loix posterieures dérogent de plein droit

---

der Gegenstand einer Cassation werden, wenn die Formen nur beobachtet sind. Erkenntn. d. Cassations-Hofs zu Paris, d. d. 25. Mai 1808. „Attendu que le resultat des enquêtes ordonnées en matière de divorce et de séparation, et l'appréciation de la gravité des faits alléguées par les époux pour y parvenir . . . . . . appartiennent exclusivement aux tribunaux qui statuent sur le fond.“ Jurispr. du C. N. T. XI. p. 54.

aux loix antécédentes, le Code de la procédure n'abroge-t-il pas la disposition dont il s'agit?

Il est impossible de le supposer: le Code de la procédure donne des règles sur la procédure en général, mais il n'influe en rien sur la procédure particulière que le Code Napoléon a établi pour le divorce. Chacune de ces matières continue à être régie par les loix qui lui sont propres.“ 10) Grundsätze, die, so sehr sie in Westphalen noch verkannt werden, indem man noch täglich, in Ehescheidungs-Sachen die Proceß-Ordnung allegiren sieht, als wenn sie auch in dieser Materie als Gesetz angesehen werden könnte, dennoch über allen Zweifel erhaben sind.

Ich hoffe jetzt, durch obige Ausführung, gezeigt zu haben: daß der vom Richter zugeschobene Eid, in Ehescheidungs-Sachen nicht nur bereits durch den vorgezeichneten, unabänderlichen Proceß ganz ausgeschlossen; sondern daß er, selbst wenn dieses nicht der Fall wäre, als höchst gefährlich,

10) Eben dieses sagt der H. Just.-Minister Siméon, in dem oben angeführten Schreiben: „La procédure en matière de divorce est traitée par le Code Nap. Le Code de procédure civile, ..., n'est pas applicable aux affaires de divorce, parceque ces affaires ont leur procédure particulière dans le C. N.: les tribunaux ne peuvent, ni ne doivent s'en écarter.“

und (da es blos auf des Richters Ueberzeugung, unmittelbar nach dem Zeugenverhör, ankömmt) als gänzlich überflüssig, zu verwerfen.

Diese Grundsätze sind zum Theil von der zweiten Section des Appellations-Hofes in Sachen Briel gegen Briel angewendet worden.

Folgende Umstände waren der Appellation vorhergegangen.

Louise Briel zu Schönebeck wurde gegen ihren Ehemann, wegen erlittener grober Beleidigungen und Grausamkeiten, auf Ehescheidung bei dem Tribunale zu Magdeburg klagbar. Dieses erkannte auf Zeugenbeweis, welcher durch drei Zeugen von der Klägerinn angetreten wurde. Der eine dieser Zeugen war der leibliche Bruder des Beklagten, und eben dieser war es, dessen Aussagen nicht nur die bestimmtesten waren, sondern auch diejenigen Thathandlungen betrafen, denen der Character der Grausamkeit am wenigsten abgesprochen werden konnte.

Das Tribunal zu Magdeburg hielt den Beweis für nicht vollständig geführt, und gab am 11ten December 1810 folgendes Erkenntniß ab:

„In Erwägung,

daß die Thatsachen, worauf Klägerinn ihre Ehescheidungsklage gründet, nicht vollständig erwiesen sind, indem nur der Zeuge Böttichermeister Ernst Friedrich Briel von den von der Klägerinn angegebenen Vorfällen vollkommene Wissenschaft hat;

Erkennt das Tribunal:

daß Klägerinn annoch einen Erfüllungs-Eid dahin zu leisten, daß Verklagter sie . . . ., welchem nächst, sowohl in der Hauptsache als wegen der Kosten, ferner ergehen soll, was Rechtens ist."

Von diesem Erkenntnisse appellirte der Beklagte. Seine Beschwerde bestand darin, daß auf einen von der Klägerinn abzuleistenden Erfüllungs-Eid erkannt, und nicht vielmehr dieselbe lediglich mit ihrer Klage abgewiesen sey. Die Rechtfertigungsgründe der Appellation, welche von dem Procurator und Advocaten, Hrn. Schwarz, auf eine sehr zweckmäßige Art vorgetragen wurden, waren zum Theil dieselben, welche bereits entwickelt sind, dahingegen der appellatische Anwalt der Meinung war, daß an der Anwendbarkeit der Art. 1366 und 1367 C. N. um so weniger gezweifelt werden könne, da das Gesetz in diesen ganz allgemein rede, und da es des Richters Pflicht sey, da, wo das Gesetz keine Distinctionen mache, auch nicht zu distinguiren.

Der H. Procureur-général-subst. Blumenbach trat hierin der Meinung des Appellaten bei, welche er jedoch, mit der ihm eignen Gründlichkeit, mit großem Scharfsinne mehr zu entwickeln suchte. Der Appellations-Hof erlies hierauf folgendes

Erkenntniß.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht des 257sten und 258sten Art. des C. N.;

In Erwägung, daß das in Ehescheidungs-Sachen zu beobachtende Verfahren auf das genauste von dem Gesetze vorgeschrieben worden, und ein dermaßen geschlossenes System bildet, daß nicht anzunehmen steht, daß solches aus den gewöhnlichen Proceß-Vorschriften, in wesentlichen Puncten, einer Ergänzung fähig sey;

In Erwägung, daß, nach beendigtem Beweis-Verfahren in Ehescheidungs-Sachen, nach der bestimmten Vorschrift des Gesetzes, dem Richter die Verpflichtung aufgelegt wurde, definitiv zu erkennen; woraus denn die natürliche Folgerung abzuleiten, daß in dieser letzten Audienz nicht mehr die Zeit vorhanden sey, in welcher zu interloquiren von dem Gesetze erlaubt ward;

In Erwägung, daß vielmehr in dieser gedachten letzten Audienz des Richters Verpflichtung sich darauf beschränkt, zu überlegen: ob er von dem Beweise des Klaggrundes überzeugt sey, oder nicht, worauf er dann, im ersten Falle, die Scheidung zu erlauben, im zweiten aber dieselbe zu verweigern, die Verpflichtung hat;

In Erwägung, daß im vorliegenden Falle der judex a quo seine Ueberzeugung dahin zu erkennen gegeben, daß er von dem Beweise des Klag-

grundes nicht völlig überzeugt sey, daß es daher, aus dieser Ursache, auch seine Verpflichtung gewesen seyn würde, die geforderte Ehescheidung zu versagen; mithin die Auflegung eines Ergänzungs-Eides als unzulässig erscheinen muß;

Erkennt:

daß von dem Richter erster Instanz durch die Sentenz d. d. 11ten December 1810. übel gesprochen, wohl aber appellirt, mithin Beklagter von der gegen ihn angestellten Klage zu entbinden, mit Vergleichung der Kosten.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appell.-Richter.

(8ten Junius 1811.)

XXII.

Trennung von Tisch und Bett.

In wiefern ist es einem Ehegatten, welcher seine Klage auf Trennung von Tisch und Bett anstellte, erlaubt, sich nachher der Ehescheidungs-Klage zu bedienen?

Es ist aus den Verhandlungen im französischen Staatsrathe, welche der Abfassung des Gesetzbuchs Napoleons vorhergingen, hinlänglich bekannt, daß man die Klage auf Scheidung von Tisch und Bett (séparation de corps) und die Ehescheidungs-Klage als gänzlich parallel laufende Wege ansah, welche, indem sie sich, eben ihres Parallelismus wegen, unterweges nie zu begegnen vermöchten, auch nie zu einem und demselben Ziele führen könnten; obgleich, an dem verschiedenen Ziele, die Wanderer jener Wege denselben Zweck gewissermaßen zu erreichen in Stande wären. 1)

---

1) Procès-verbaux au conseil d'état, T. I. p. 349. „Le Ministre de la justice: . . . . . que la demande en séparation ne doit jamais pouvoir aboutir au divorce, puisqu'elle est pour en tenir lieu; ce sont deux voies parallèles qui dès-lors ne doivent jamais coïncider."

Locré, esprit, T. III. p. 67. — Motifs, T. II. p. 361. — Conférence du C. c., T. II. p. 263. — Euclids Elemente, Buch I. Defin. 35.

Diese Grundsätze sind eine natürliche Folge des Wesens des Instituts der Scheidung von Tisch und Bett. Es wurde dasselbe, mit bedeutenden Modificationen, aus der alten Gesetzgebung Frankreichs beibehalten, damit es den Katholiken (deren religiöse Grundsätze bekanntlich die Ehescheidung nicht zulassen) [2]) statt dieser dienen könne. Man fand es grausam, die katholischen Staatsbürger eines Instituts (der Trennung von Tisch und Bett) zu berauben, in dessen Besitze sie seit Jahrhunderten gewesen waren, ohne ihnen ein Surrogat, dessen sie sich ohne Gewissensscrupel bedienen könnten, dafür wieder anzubiethen; sie gewissermaßen deshalb bestrafen zu wollen, daß sie sich nicht entschließen konnten, den Grundsätzen ihrer Religion untreu zu werden. [3])

Wenn man aus diesem Gesichtspuncte das

---

2) Concilium Tridentinum, sess. 24. c. 5. 7. „Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum docuit et docet, juxta evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterutrius conjugum, matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere; moecharique eum, qui, dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae, dimisso adultero, alii nupserit: *Anathema sit.*“

Vergl. Fried. Popp, über Ehescheidung. (Amberg u. Sulzbach, 1800. 8.) S. 51. f. f.

3) „Voie (le divorce) qui reste fermée à tout Catholique, qui ne voudra pas fausser sa croyance.“ Locré, T. III, p. 343.

Institut der Scheidung von Tisch und Bett betrachtet, so findet man gewiß nichts natürlicher, als daß es einem klagenden Ehegatten nicht erlaubt seyn könne:

a.) eine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett in eine Ehescheidungs-Klage zu verwandeln;

b.) oder die erste, nachdem sie bereits angebracht, fallen zu lassen, und aus denselben Ursachen, aus denen diese angestellt war, eine Ehescheidungs-Klage begründen zu wollen.

Das erste kann nicht erlaubt seyn, da beide Institute ganz von einander verschiedene processualische Behandlungen erfordern, welche zu vereinigen unmöglich ist; das zweite aber deswegen nicht, weil ein Ehegatte, indem er aus Gründen, welche ihm zur Ehescheidungs-Klage das Recht gaben, nur die Klage auf Trennung von Tisch und Bett anstellte, dadurch seinem Gegner in sofern verzieh, als er erklärte, nur von dem mildern Mittel Gebrauch machen zu wollen. Weniger zutreffend möchte ich den Grund finden: daß der Kläger durch die letzte Klage religiöse Grundsätze zu erkennen gegeben habe, welche öffentlich wieder aufzugeben schimpflich und gegen die guten Sitten sey: 4) denn warum sollen eben religiöse Grund-

4) „Qu'on ne pourroit en effet, sans favoriser le ca-

säße zu der Wahl des mildern Mittels die Veranlassung gegeben haben? — Können diese Veranlassung nicht, z. B., Kinder gewesen seyn, welche nachher verstorben sind? — Und sollte es denn so Aergerniß gebend seyn, zu erklären: man habe seine religiösen Grundsätze geändert, da man, seit Jahrhunderten, sah, daß oft plötzlich große Fürsten von einer Religion zu der andern übergingen, von denen man doch billig sollte annehmen können, daß sie keine unmoralische Handlungen begingen, sondern, einer plötzlichen Erleuchtung folgend, lediglich durch Ueberzeugung geleitet wurden. — Wäre auch jener Grundsatz nicht gegen die constitutionelle Gewissensfreiheit? — Doch, der erste Grund genügt gewiß: und es muß unerlaubt seyn, den einmahl gewählten Weg zu verlassen, um den andern, zu einem härtern Resultate führenden, zu wählen.

In diesem Sinne erkennen auch die französischen höhern Gerichte, und in ihm ist das folgende Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Aix, d. d. 27sten November 1809., abgefaßt. [5])

---

price, la légèreté, et même l'immoralité, écouter celui qui, pour légitimer sa demande en divorce, auroit besoin de soutenir que les principes avoués par sa conscience, lors de sa demande en séparation, ne sont plus les mêmes." Arrêt de la cour d'appel d'Aix, — Jurispr. de la cour de cassation, T. XI. 1811. 2 Cah. p. 66.

5) Sirey, Jurispr. de la cour de cassation. T. XI. 1811. Cah. 2. p. 62.

Urtheil.

Der Appellations-Hof,

In Erwägung, daß aus den Vorschriften des C. N. deutlich hervorgeht, daß die Ehescheidung und die Trennung von Tisch und Bett zwei völlig parallele Wege für diejenigen Ehegatten sind, denen das Band der Ehe unerträglich wurde; daß die Wahl unter beiden Wegen gänzlich frei ist, und daß beide von denselben Ursachen abhängig gemacht sind;

daß aber, eben aus dem Umstande, daß die Wahl völlig frei ist, folgt, daß es nicht erlaubt seyn kann, den Weg der Ehescheidung einzuschlagen, wenn man anfangs den der Trennung von Tisch und Bett gewählt hatte, schon deswegen, weil die letzte Art der Trennung, dem beklagten Theile Vortheile einräumt, welche dem Kläger nicht mehr erlaubt seyn kann, jenem zu rauben;

daß auch, wie H. Locré bemerkt, das Gesetz für den Kläger dadurch hinlänglich sorgte, daß es ihm eine freie Wahl ließ, daß es aber nicht die Absicht haben konnte, seinen Leichtsinn und seine Wankelmüthigkeit zu begünstigen;

daß es um so gewisser ist, daß der Gesetzgeber die Absicht hatte, dem Kläger auf persönliche Trennung den Rückweg zur Ehescheidungs-Klage abzuschneiden, da er, nach dem Art. 310. C. N., lediglich dem beklagten Theile die Erlaubniß gab, nach Ablauf von drei Jahren, nach ausgesprochener Trennung, um die Scheidung zu

bitten, durch welche Bestimmung also dem Kläger diese Erlaubniß versagt wurde;

In Erwägung, daß es nicht zulässig ist, unter einer angefangenen und einer völlig beendigten Trennungs-Klage zu unterscheiden, da es hier lediglich auf die Wahl der Klage ankommen kann, und da es dieses Wort ist, dessen man sich im Staatsrathe bei der gegenwärtigen Angelegenheit stets bediente:

Verwirft u. s. w.

Eine Frage, die jedoch unendlich von der hier beantworteten unterschieden, ist die:

Kann ein Ehegatte, welcher die Scheidung von Tisch und Bett auswirkte, dann, wenn der von ihm getrennte Gatte sich solche Thathandlungen, nach der geschehenen persönlichen Trennung, zu Schulden kommen ließ, welche Ehescheidungs-Ursachen werden können, nunmehr auf die Ehescheidung klagen? — Oder schließt der einmahl betretene Weg der persönlichen Trennung auf ewig von dem der Scheidung aus? —

Ich achte dafür, daß dieses Letztere unmöglich anzunehmen steht, wenn man nicht eine große Ungerechtigkeit gegen den Kläger begehen will.

Die persönliche Trennung löst das Band der Ehe keineswegs auf. Sie ist nichts, als eine Entbindung der Gatten von der Verbind-

lichkeit, welche ihnen das Gesetz auflegte, bei einander zu wohnen. [6]) Alle Verpflichtungen der Gatten, welche nicht eine natürliche Folge dieser Verbindlichkeit sind, bleiben bei Kräften. So bleibt auch die Pflicht zur ehelichen Treue bestehen, und es kann keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die Penal-Gesetze gegen die Ehebrecher auch gegen persönlich getrennte Personen zur Anwendung gebracht werden können. [7]) Auch alle übrigen Verpflichtungen der Gatten bleiben bestehen: sie sind sich Alimente, und die Frau ist dem Manne Gehorsam schuldig. [8])

Wenn nun ein Ehegatte, der eine harte Beleidigung von dem andern empfangen hatte, zur persönlichen Trennung seine Zuflucht nahm, hoffend vielleicht, daß diese den Getrennten zu mildern Grundsätzen zurückführen werde, [9]) und nunmehr

---

6) Locré, esprit. T. III. p. 352. éd. in 4to. Vergl. Wernher, Obs. for. P. VI. obs. 325. Schott, Einl. in das Eherecht, § 227. S. 542. Hasentien, Comment. de separat. a thoro et mensa. (Jena u. Lpz. 1784.) C. II. X. de divortiis. (IV. 19.) . . . . „quia licet separentur, semper tamen conjuges erunt."

7) Code pénal franç. art. 336. seq.

8) S. Locré, l. c.

9) So wie von protestantischen Gerichten öfter die Trennung der Gatten auf eine gewisse Zeit als ein Mittel versucht wurde, die Harmonie herzustellen, da denn, wenn dieser Versöhnungs-Versuch fruchtlos ablief, am Ende, bei dem Vorhandenseyn einer rechtmäßigen Ursache, auf Ehescheidung erkannt wurde. Vergl. Schott a. a. O. S. 544.

noch die Kränkung erlebt, daß der, dessen Besserung er erwartete, sich ehebrecherischen Ausschweifungen ergiebt: welcher Grund könnte da vorhanden seyn, daß er nicht noch einmahl zu dem Gerichte seine Zuflucht nehmen, und um gänzliche Auflösung einer Verbindung nachsuchen dürfte, die, vorher ihm nur beschwerlich, jetzt mit der Erhaltung seiner Ehre unverträglich wird? —

Ich sehe auch nicht den geringsten Grund der Härte ab, welche, nach den Ansichten der jetzigen Legislation, dem unglücklichen Kläger diese Erlaubniß versagen könnte. — Wie vermöchte man anzunehmen, das Gesetz, so wie es besteht, verurtheile einen Unschuldigen zur Schande, ihm alle Mittel sich daraus zu retten entziehend! [10]) — Wie kann hier der angeführte Parallelismus entgegenstehen? — Das auf der einen Parallele gesuchte Ziel war erreicht, man schlägt jetzt, aus ganz anderen Ursachen, zu einem ganz verschiedenen Zwecke, eine andere Parallele ein. Müssen geometrische Axiome [11]) und Aeußerungen des Witzes

---

10) Diese und ähnliche Aeußerungen stehen mit denen, welche ich, in Betreff der gänzlichen Ausmerzung der Ehescheidung gethan, nicht im Widerspruche. Es würde die Separation, nach den Grundsätzen der katholischen Kirche, in dieser Hinsicht ihre Stelle erfüllen, ohne (durch oft trügerische Hoffnungen) die Scheidung herbeizuführen. Auch sind obige Aeußerungen aus dem Gesichtspuncte der bestehenden, und nicht einer idealischen Gesetzgebung zu beurtheilen.

11) Euclid's Elemente, B. I. Def. 35.

den Richter zum Sklaven machen, wenn ihn kein Gesetz hindert, frei nach der Natur der Sache urtheilen zu dürfen!

Mir scheint diese Ansicht so klar, daß ich es für überflüssig halte, ein Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Aix, d. d. 19. Jun. 1810., welches eine entgegenstehende Jurisprudenz annahm, zu widerlegen, und welches unter andern folgende Gründe aufstellte:

„Der erste Consul wiederholte in der Sitzung vom 26sten Vendémiaire X.: „„Die Ehescheidung und die persönliche Trennung sind Parallelen, und diese dürfen nie zusammentreffen""; woraus folgt, daß wenn ein Ehegatte einmahl die persönliche Trennung gewählt hat, er sich dadurch unwiderruflich in die Verhältnisse der alten Gesetzgebung setzte, daß er stillschweigend dadurch auf ewige Zeiten des Ehescheidungs-Gesetzes entsagt hat, welches nun für ihn gar nicht ferner als existirend angenommen wird."

Ich muß gestehen, daß, wenn ich dergleichen Entscheidungen lese, und eine solche Folge der neuen Jurisprudenz sehe, ich mit Bacon ausrufen möchte: Optima lex est, quae minimum reliquit arbitrio judicis: optimus judex, qui minimum sibi! 12)

12) Der Himmel mag verhüthen, daß eine so willkührliche Jurisprudenz nicht in den deutschen Staaten, in welchen das Gesetzb. Nap. eingeführt wird, einreiße, sonst könnten leicht die Besorgnisse welche von Almedingen (kl. jur. Schr. V. 23.) mit so lebhaften Farben schildert, in Erfüllung gehen.

XXIII.

Entscheidungs-Eid.

Ist die Eideszuschiebung gegen einen vollständig geführten Beweis oder gegen authentische oder anerkannte Documente zulässig?

Nach dem gemeinen Rechte ist es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß eine Partei auch dann noch zu der Eideszuschiebung ihre Zuflucht zu nehmen berechtigt sey, wenn sie in dem unternommenen Beweise unglücklich war. [1])

1) Arg. L. 35. D. de jurejurand. (XII. 2.) L. 12. C. de reb. cred. (IV. 1.) — Vinnius, select. quaest. I. No. 42. — Voet. Com. ad D. XII. 2. 12. — Pufendorf, intr. in proc. civ. p. III. cap. V. § 5. — Pufendorf, obs. T. I. obs. 154. — Claproth, Einleit. in den bürg. Proc. Thl. II. § 322. — Boehmer, pr. jur. can. § 812. — v. Bülow und Hagemann, Thl. I. Erört. 301. — v. Ramdohr, jurist. Erfahrungen, Thl. I. S. 580. — Martin, Lehrb. des gem. deut. Proc. § 171. — Schneider, vollständ. Lehre vom Beweise. § 704. und Anmerk. 90. — Köchy, Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1 Thl. S. 43. — Dieser Schriftsteller geht sogar so weit S. 58. zu behaupten: „Durch die eben angeführten Gründe halte ich mich vollkommen überzeugt, daß dem Beweisführer selbst dann der Eidesantrag nach Ablauf des Beweistermins zu

Selbst nach eröffnetem Erkenntnisse über das Beweis=Verfahren läßt der Gerichtsgebrauch, binnen einer, von der Eröffnung der Sentenz anzurechnenden, zehntägigen Frist, die Eideszuschiebung zu. [2]) Oft verordnen dieses besondere Gesetze. [3])

War aber bereits von dem, welches erwiesen werden sollte, das Gegentheil dargethan, so findet, nach dem canonischen Rechte, die Eideszu=

---

gestatten sey, im Fall er den Beweis gar nicht binnen der gesetzlichen Frist angetreten haben sollte, vorausgesetzt, daß er sich desselben nicht aus Chikane, oder wider vollständig geführten Beweis bedienen will: denn in beiden Fällen muß ihn der Richter von Amts wegen verwerfen." Der Appellations=Hof zu Celle (wie das ehemahlige Ober=Appellations=Gericht) befolgt hierin die entgegengesetzte Jurisprudenz, und läßt (im alten Processe) die Eideszuschiebung nicht zu, im Fall der Beweis gar nicht binnen der gesetzlichen Frist angetreten ward. Vergl. Cellesche Ober=Appell.=Gerichts=Ord. II. Thl. 8. Tit. 3. §. S. 247.

2) Danz, Grundsätze des gemeinen bürg. Pr., § 264, 267, 268. — v. Bülow und Hagemann, Thl. I. Erört. 57.

3) Herz. Braunschw. Verordnung, in pto. jurament., d. d. 17ten Mai 1757. . . . . . „Wir ordnen und wollen hiermit, daß derjenige, welcher etwa schon während des Beweis=Termins den Beweis durch Zeugen angetreten, sowohl vor Abhörung derselben, als auch wenn der Rotulus publicirt und darüber erkannt worden, und er durch Zeugen, das, was ihm zu erweisen nachgelassen, zu recht nicht erwiesen, dem Gegentheil annoch den Haupt=Eid deferiren möge, jedoch letztern Falls binnen 10 Tagen nach rechtskräftig gewordener Sentenz solches thun, oder, daß er damit nicht weiter gehöret werde, zu gewärtigen haben solle."

schiebung schon deshalb nicht weiter statt, weil der Delat sich auf die Aussagen der Zeugen, behuf der Gewissensvertretung, beziehen könnte. [4])

Das Gesetzbuch Napoleons enthält über diese Materie folgende Vorschriften:

Art. 1358. „Ueber jede Gattung von Streitigkeiten kann der Entscheidungs-Eid zugeschoben werden.“

Art. 1360. „Er kann in jeder Lage des Rechtsstreites zugeschoben werden, selbst wenn über die Klage oder Einrede, derenwegen er verlangt wird, nicht einmahl der Anfang eines schriftlichen Beweises [5]) vorhanden ist.“

---

4) C. 2. X. de probat. „Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis, aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur: quod si subire noluerit, fides probationibus non habetur. Nos, cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus.“

Leyser, spec. 136. n. 7. 8. — Pufendorf, l. c. obs. 64. § 7. — Becmannor., consil. T. 2. d. 62. No. 7. — Boehmer, pr. jur. canon. § 8. 11. — Hommel, rhaps. obs. 381. — Malblanc, doctr. de jurej. § 44. — Grolmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens, § 92. — v. Bülow u. Hagemann, l. c.

5) Art. 1347. C. N. enthält eine Definition des Anfangs eines schriftlichen Beweises: „Hierunter versteht man jeden schriftlichen Aufsatz, welcher die angeführte Thatsache wahrscheinlich macht, und entweder von demjenigen,

So klar aus dieser Gesetzgebung folgt, daß das aufgestellte erste Axiom des gemeinen Rech-

---

wider welchen die Forderung gerichtet ist, oder von dem, dessen Stelle dieser vertritt, herrührt." — Unstreitig beschränkt H. Gönner (Archiv, III. B. 1. Heft. S. 8. f. f.) also zu sehr den Begriff des commencement de preuve par écrit, wenn er behauptet: „Die wesentlichen Merkmahle dieses C. d. p. p. é. bestehen also nicht darin, daß etwa eine noch nicht recognoscirte, oder blos eine Privat-Urkunde verstanden werde, sondern in folgenden drei Puncten: 1) Es werden dazu Schriften, Documente im eigentlichen Sinne, erfordert; 2) die an sich glaubwürdig und ächt sind; 3) welchen aber die gesetzliche Form mangelt, die eine Urkunde haben muß, wenn sie über einen bestimmten Gegenstand vollkommen beweisen soll." Diese Erklärung ist dem französischen gerichtlichen Sprachgebrauch zuwider, und es ist nicht nur nicht zu erweisen, daß der C. N. jenem Ausdrucke eine andere Bedeutung habe beilegen wollen, als vielmehr aus der mitgetheilten gesetzlichen Definition das Gegentheil hervorgeht. „Commencement de preuve, sagt Merlin, répert. univ. T. II. p. 481,„ désigne des indices qui font présumer la vérité d'un fait ou d'une promesse, dont la certitude n'est pas encore suffisamment établie." Sind nun diese Indicien schriftliche, so heißen sie Anfang eines schriftlichen Beweises, ohne daß es nothwendig sey, daß ihnen lediglich die gesetzliche Form mangele, die eine Urkunde haben muß, wenn sie vollkommen beweisen soll. „Ces indices," setzt Merlin hinzu, „peuvent être ou par écrit, ou par une existence physique, ou par des faits préliminaires, qui ont une rélation à l'objet principal qu'il s'agit de vérifier. Ils sont par écrit dans le cas, par exemple que voici. Un ami m'écrit, de lui faire le plaisir de lui prêter cent écus, en m'assurant qu'il me le remettera dans tel temps: je lui envoie cette somme par le porteur de la lettre, sans exiger de lui autre reconnaissance. Mon ami vient à mourir: je demande à ses héritiers le payement de

tes auch in derselben enthalten, das zweite aber, durch den Gerichtsgebrauch eingeführte, (da ein Rechtsstreit nur bis zur Sentenz statt hat) dadurch ausgeschlossen sey; [6]) so zweifelhaft kann es erscheinen, ob die Worte des Gesetzes: „in jeder Lage des Rechtsstreites" so auszulegen, daß selbst dann, wenn das Gegentheil des zu beweisenden Satzes entweder durch die Aussagen vollgültiger Zeugen oder durch authentische Documente in Gewißheit gesetzt wurde, angenommen werden müsse, daß eine solche Lage des Rechtsstreites vorhanden sey, welche die Eideszuschiebung nicht ausschließt.

---

la somme prêtée: ils me répondent que la lettre du défunt prouve bien qu'il m'a prié de lui prêter la somme, mais qu'elle ne prouve pas en même temps que je la lui aie prêtée, et sur ce prétexte ils me refusent le payement. Il est vrai que dans la règle la lettre du défunt ne fait pas une preuve du prêt qui me demandait; mais si d'ailleurs je suis en état de prouver par témoins que réellement j'ai remis cette somme au porteur de la lettre . . . . la lettre du defunt est un indice suffisant pour faire présumer que je n'aurois pas la mauvaise foi de réclamer la somme, si réellement je ne l'avois pas prêtée." Es folgt also hieraus, daß der Richter bei der Beurtheilung, ob eine anerkannte Privat-Scriptur ein commencement de preuve enthalte, der Natur der Sache nach, einen bedeutenden Spielraum habe.

6) Nouveau Ferrière par D'Agar. T. III. p. 287. s. v. serment. — Auch dieses war schon ein Grundsatz der ältern französischen Jurisprudenz.

Die Natur der Sache, und die Heiligkeit des Eides scheinen zu erfordern, daß derselbe dann nicht angewendet werde, wenn dasjenige, welches eidlich bekräftigt werden soll, ohnehin schon klar ist. Wozu, so könnte man fragen, dienet eine Beweisführung anders, als um den Richter von der Wahrheit einer gewissen Behauptung zu überzeugen, und ihn zu bewegen, gestützt auf diese Ueberzeugung, zu unserm Vortheile zu erkennen? — Hat nun der Richter diese Ueberzeugung bereits, entweder durch die Darlegung eines authentischen Documents von Seiten des Gegners, oder durch die Aussagen der producirten Zeugen, wozu dann noch die Bestärkung jener juristischen Wahrheit durch die Abstattung eines Eides? — Zweifelhafte Sachen durch Eide aufzuklären könne zweckmäßig erscheinen, gewisse durch sie bestärken lassen, sey überflüssig, und also unmoralisch.

So triftig diese Gründe erscheinen können, so glaube ich doch, aus folgenden, der entgegengesetzten Meinung seyn zu müssen.

Die Abfassung des Art. 1360. ist so allgemein, daß schon lediglich aus dieser des Gesetzgebers Absicht, die Zuflucht zum Entscheidungs-Eide den Parteien so viel als möglich offen zu lassen, mit hoher Wahrscheinlichkeit hervorgeht. Unstreitig hatte der Gesetzgeber den Ausspruch des römischen Rechtsgelehrten Paulus (L. 38. D. de jurejurando): „Manifestae turpitudinis et confes-

sionis est, nolle nec jurare nec juramentum referre“ bei der Abfassung des Gesetzes vor Augen; 7) dafür haltend, daß niemand, der seiner Behauptung völlig gewiß sey, dem Gegner, der eine eidliche Erhärtung derselben verlangt, die Beruhigung, welche für diesen daraus entstehen muß, daß der zugeschobene Eid wirklich abgeleistet werde, verweigern dürfe. 8)

Zur Gewißheit wird aber diese aus der Abfassung des Gesetzes hergenommene Wahrscheinlichkeit durch folgende Umstände.

Das canonische Recht war in Frankreich in Civil-Sachen nie aufgenommen; dieses aber ist es, wodurch die Rechtsgewohnheit, selbst gegen Documente und Zeugenbeweis die Eides-Delation zuzulassen, erst abgeschafft wurde. 9) Bestimmt

---

7) Maleville ad art. 1360.

8) Pothier, traité des obligations. No. 922. . . . . . „quoique le juge eût pû, et même dû, la preuve parraissant complète, lui donner gain de cause, sans exiger d'elle son serment, il ne lui a pas néanmoins fait aucun grief, en l'exigeant, puisqu'il ne coute rien à la partie d'affirmer ce qu'elle sait être vrai; le refus qu'elle fait d'affirmer ce fait, attenue et détruit la preuve qu'elle en avoit faite.“

9) Auch die Gewissensvertretung, als ein Institut des canonischen Rechts, war in Frankreich gänzlich unbekannt. J. Chr. Koch, progr. de probatione pro exoneranda conscientia foro Romano ignota. Gissae 1783. Daß die Gewissensvertretung den Römern nicht unbekannt gewesen, hat Malblanc in der doctr. de jurejur., S. 207. seq., zu beweisen gesucht.

wird dieses in dem Cap. 2. X. de probat. gesagt. Jene durch den Papst Alexander III. im Jahre 1176. abgeschaffte Rechtsgewohnheit (. . . Nos tum demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus) bestand also in Frankreich bis zur Abfassung des Gesetzbuchs Napoleons, [10]) welches offenbar keinesweges die Absicht hatte, die Eides-Delation einzuschränken, sondern es in dieser Materie bei dem alten Rechte bestehen zu lassen, und nur einige Controversen in derselben zu entscheiden. [11])

10) Erkenntniß des Appell.-Hofes zu Brüssel d. d. 10ten Nivose XIV. „Considérant que même avant la publication du Code civil, les parlements de l'ancienne France n'admettoient point l'exception de simulation, ou de deniers non-nombrés, contre les actes authentiques, lorsqu'ils portoient qu'il y avoit eu numméra-tion d'espèces en présence du notaire, à moins que l'on ne s'inscrivit en faux; mais dans tous les cas rien n'empéchoit que celui qui prétendoit que l'acte étoit simulé, ne déférât le serment à son adversaire sur la sincérité de l'acte. Jurispr. du Code civ. T. VI. p. 225. Eben dieses attestiret Merlin, im répert. univ. s. v. simulation, T. XII. p. 127.

11) Maleville, analyse ad art. 1360. „Cet article, et le 1358., décident la question fort controverse de savoir si l'on peut déférer le serment contre la teneur d'un acte public; par exemple si l'argent a été réellement compté et reçu, dans un contract qui atteste la numération des espèces. Pour moi j'ai toujours cru que le serment décisoire pouvoit être alors déféré, et que celui qui réfusoit de le prendre ou de le déférer, devoit être condamné à payer.“

Freilich wissen wir über diese hier angeführten Umstände nichts aus den Verhandlungs-Protocollen des Staatsraths. Es sind diese bei der gegenwärtigen Materie äußerst dürftig, und beschränken sich auf einige Verhandlungen, wodurch die Ausdrücke des Projectes „affirmation judiciaire" in „serment" abgeändert wurden; [12]) sowohl der Redner des Staatsraths [13]) als Maleville [14]) geben uns aber darüber hinlängliche Aufschlüsse, und daß die Praxis der Parlamente den Eid selbst gegen den Inhalt authentischer Documente zuließ, wird von den französischen Rechtsgelehrten und Gerichtshöfen vielfach attestirt. [15])

Es ist also gewiß, daß bei der gegenwärtigen Materie der C. N. nur die alte französische Jurisprudenz wiedergeben, und keinesweges Beschränkungen, welche jene nicht kannte, einführen wollte. Aber auch selbst zweckmäßig muß diese Juris-

---

12) Procès-verbaux du conseil d'état. T. III. Séance du 2. Frimaire, an 12. p. 308.

13) Motifs, T. V. p. 99. „On n'a point suivi l'opinion des jurisconsultes, qui pensent que le serment ne peut être déféré par celui qui n'a pas au moins un commencement de preuve par écrit . . . . . manifestae turpitudinis etc. . . . Il résulte encore de ce principe qu'il peut être déféré en tout état de cause, il faut seulement que ce soit sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère."

14) Maleville l. c.

15) Merlin, répert. univ. s. v. simulation.

prudenz genannt werden, und gänzlich mit andern Vorschriften des Gesetzbuches harmonisch. Es legt dieses den authentischen und den anerkannten Privat-Urkunden völlige Beweiskraft [16]) bei. Es läßt gegen sie keinen Zeugenbeweis zu. [17]) So ist es, z. B., nicht erlaubt, [18]) gegen eine anerkannte Privat-Quitung die exceptio non-numeratae pecuniae durch Zeugen zu erweisen. Wie oft werden aber dergleichen Documente in der Hoffnung bald zu erhaltender Zahlung ausgestellt; wie oft ist es nicht selbst nothwendig, sie zum voraus auszufertigen, um in der Entfernung Geld zu erheben, welches, z. B. von öffentlichen Behörden, nur gegen Production des bereits ausgefertigten Documents gezahlt wird? — Wie gefährlich würde es hier seyn, behaupten zu wollen, daß, da Zeugenbeweis hier von dem Gesetze ausgeschlossen wird, auch selbst die Eides-Delation nicht statthehmig seyn sollte? — Es hieße dieses, das letzte Zufluchtsmittel dem getäuschten Aussteller nehmen. Hat aber die Eides-Delation gegen authentische und anerkannte Privat-Documente statt: so würde es sehr inconsequent seyn, ihr die Statthaftigkeit

16) Art. 1319. C. N.

17) Art. 1341. C. N.

18) Auch nach der ältern französischen Jurisprudenz war dies, nach der Praxis der mehrsten Parlamente, nicht erlaubt. Merlin, rép. s. v. simulation.

gegen die übereinstimmenden Aussagen zweier classischen Zeugen versagen zu wollen. Es ist zwar gewiß, daß unsere Proceß-Ordnung [19]) durch die gleichförmige Aussage zweier ganz unverwerflicher Zeugen den vollen Beweis hervorbringen läßt, und dadurch das neue französische Recht gänzlich abändert, nach welchem im Civil-, wie im Criminal-Processe, es nicht auf die Zahl der Zeugen, sondern lediglich auf des Richters oder der Geschwornen aus den Aussagen erhaltene Ueberzeugung ankömmt: [20]) aber unmöglich steht doch anzuneh-

---

19) Art. 230.

20) „Sous la législation ancienne les juges ne pouvoient pas tenir pour prouvé un fait qui n'étoit attesté que par un témoin; et ils étoient forcé de tenir pour prouvé tout fait que deux témoins irréprochables leur certifioient, d'une manière bien précise, s'être passé sous leurs yeux. De là ces manières de parler si communes alors: „„Je suis convaincu comme homme, mais je ne le suis pas comme juge etc.““ Et, grâces au progrès des lumières! il en est autrement sous la législation actuelle. Cela résulte, pour les matières civiles du silence absolu que garde le code de procédure tant sur le nombre que sur la qualité des témoins nécessaires, pour completter une preuve; et de la disposition par laquelle il abroge, art. 1041., toutes lois, coutumes, usages et reglements relatifs à la procédure civile.“

Besonders merkwürdig für Westphalen sind diese Bemerkungen deswegen, weil sie in dem Ehescheidungs-Prozesse, welcher, wie bereits oft bemerkt, lediglich in den Vorschriften des C. N. seine Norm findet, zur Anwendung kommen. Ein Tribunal hat also nicht absolut nöthig, auf die Scheidung, z. B., zu erkennen, weil die harte Beleidigung von zwei oder mehrern classischen Zeugen attestirt ist. Sind

men, daß die Proceß-Ordnung dem durch Zeugen geführten Beweise eine noch größere Kraft habe beilegen wollen, als das Gesetzbuch Napoleons dem Beweise durch authentische oder anerkannte Urkunden beilegte.

Von selbst versteht es sich jedoch, daß dem von der einen Partei der andern zugeschobenen Eide nie der Character eines Entscheidungs-Eides fehlen dürfe („pour en faire dépendre le jugement de la cause"). Wollte sie dasjenige, welches sie allenfalls durch Zeugen oder Documente erwiesen haben könnte, nicht gänzlich aufgeben, und nur subsidiarisch den Eid zur Hand nehmen: so wäre dieses kein Entscheidungs-, sondern ein wahrer Erfüllungs-Eid, welcher nicht anders, nach Maasgabe des 1367sten Art. des C. N., auferlegt werden kann, als wenn des Gegners Klage oder Einrede nicht vollständig erwiesen, aber doch nicht von allem Beweise entblößt ist. Hier treten also ganz verschiedene Grundsätze ein. 21)

---

die Zeugen, obgleich classisch, von der Art, daß durch ihre Aussagen der Richter individuelle Ueberzeugung nicht bewirkt wird: so ist es ihnen, wie den Geschwornen im Criminal-Processe, erlaubt, darauf keine Rücksicht zu nehmen, überzeugt sie aber ein Zeuge, so können sie auf die Trennung erkennen. Ein solches Erkenntniß würde zwar, hätte der Appellationshof eine andere Ueberzeugung, reformirt werden können, aber cassirt werden kann es nicht, denn kein Gesetz würde durch dasselbe verletzt.

21) Diese Grundsätze sind durch ein Erkenntn. des Cassations-Gerichts zu Paris, am 30sten Oct. 1810 ausgesprochen:

Obige Theorie, welche auch die der französischen Rechtsgelehrten und Gerichte ist, [22]) hat die zweite Section des Appellations-Hofes in folgender Sache zur Anwendung gebracht.

Der Ackermann Lampe zu Fümmelsen, Kläger und Appellant, behauptete, vor mehrern Jahren habe ein Weg, bei des Beklagten und Appellaten Eggeling Hofe daselbst vorbeigeführt, welcher dazu benutzt wäre, darauf aus dem Dorfe in das Feld zu kommen. Der Beklagte habe, mit Bewilligung der Gemeinde, jenen Weg mit seinem Garten vereinigt, und dagegen den Weg in das

---

„Attendu que la loi laisse à la prudence des juges, d'ordonner, ou ne pas ordonner le serment supplétif, suivant les circonstances dont elle remet l'appréciation à leurs lumières et à leur conscience; que le serment déféré par la Dame . . . . est purement supplétif, puisqu'elle ne l'a déféré que subsidiairement à tous moyens, et qu'il n'a apparu à la cour d'appel d'aucune présomtion qui ait pu l'autoriser à l'ordonner dans l'espèce, et que par une suite, en refusant d'y assujettir le Sr. M., la cour d'appel n'a violé aucune loi de la matière. — Rejette, etc." Sirey, jurispr. de la cour de cass. 1811. 1. Cah. I. partie, p. 38.

22) Vergl. außer den bereits angeführten Schriften: Jurisprudence du C. N., T. VIII. p. 303. T. IX. p. 313. — Zachariä, Handbuch des fr. Civ. R. 2. Thl. S. 312. (1. Aufl.) — Fr. Heinrich v. Strombeck, Handbuch des Westph. Pr. Thl. 1. S. 325. — Oesterley u. Spangenberg, ausführ. theor. pract. Commentar über das westph. u. fr. Gesetzb. ü. das Verf. in bürg. Rechtsstreitigkeiten nach Pigeau. Thl. 1. S. 391. — Rosenthal, Handb. des westph. Pr. Anhang S. 94.

Feld über seinen Hof eingeräumt. Dieser Weg sey ihm, dem Kläger, unentbehrlich, um zu seinem Lande zu gelangen, und er habe das Recht denselben uneingeschränkt zu benutzen seit rechtsverjährender Zeit ausgeübt.

Der Beklagte verweigerte dem Kläger die Benutzung des geforderten Weges, und dieser wurde also bei dem Tribunale zu Wolfenbüttel gegen den erstern klagbar. Er stützte seine Klage auf den prätendirten Vergleich und auf Verjährung.

Der Beklagte leugnete den Klaggrund und setzte zugleich dem Kläger die Einrede eines über den fraglichen Weg mit der Gemeinde Fümmelsen unter dem 10ten Januar 1803. getroffenen gerichtlichen Vergleichs (wodurch die prätendirte Weg-Gerechtigkeit der Gemeinde bedeutend eingeschränkt war) entgegen. Der Kläger replicirte, zu diesem Vergleiche seine Einwilligung nicht nur nicht ertheilt, sondern sogar dagegen protestirt zu haben, und schuldigte also das über jenen Vergleich aufgenommene gerichtliche Protocoll der Unvollständigkeit an.

Das Tribunal zu Wolfenbüttel interloquirte darauf am 13ten Januar 1810. dahin:

daß Kläger zu erweisen gehalten, daß 1) er wegen des am 10ten Jun. 1803. zu Protocoll genommenen Regulativs, in Betreff der Durchfahrt über des Beklagten Hof seine Einwilligung verweigert, und dem damahligen Ober-

Amtmann Kubel ausdrücklich erklärt habe, daß er sich das Recht der Ueberfahrt, ohne Einschränkung vorbehalte;

2) daß er seit rechtsverjährender Zeit, von 10 Jahren, vom 2ten Septemb. 1806. zurückgerechnet, von der Durchfahrt über des Beklagten Hof in das Feld mit dessen Vorwissen ohne Einschränkung Gebrauch gemacht habe.

Dem Beklagten war, neben dem Gegenbeweise, der Beweis seiner Einrede, daß 1) der Kläger in jenes Regulativ schlüssig eingewilligt, und 2) daß die Durchfahrt nur bittweise zugelassen sey, nachgelassen.

Beide traten die ihnen auferlegten und nachgelassenen Beweise durch Zeugen an: der Beklagte mit glücklichem, der Kläger mit unglücklichem Erfolge. Der letzte, dies einsehend, schob nun dem Beklagten über das thema probandum den Eid zu. Der Beklagte behauptete die Unzulässigkeit des zugeschobenen Eides, da die Thatsachen, welche durch denselben klar gemacht werden sollten, bereits erwiesen und unbestreitbar, auch außerdem, da die Eides-Delation auf das durch den Gegenbeweis Dargethane nicht mit erstreckt wäre, nach der jetzigen Lage der Sache, ganz irrelevant seyen. Der Gegenbeweis des Beweissatzes, worauf die Eides-Delation gerichtet, läge in den Acten, in dem gerichtlichen Protocolle selbst, in den Aussagen sämmtlicher, sowohl gegenseitiger als diesseitiger, Zeu-

gen. Da nun der Art. 1358. des C. N. die Eideszuschiebung nur über „Streitigkeiten" zuließe, hier aber über, das durch zulässig befundenen Beweis und Gegenbeweis, ganz unstreitig gewordene Factum keine Streitigkeit mehr seyn könne: so sey auch die Eides-Delation, als offenbar unnütz, unzulässig, besonders da es in der Natur der Sache läge, daß unnütze und überflüssige Eide vermieden werden müßten.

Das Tribunal zu Wolfenbüttel erkannte hierauf am 5ten Febr. 1811:

„daß Beklagter sich auf den Antrag zur Eidesleistung einzulassen und zu erklären nicht schuldig, vielmehr Kläger wegen der behaupteten Servitut mit der Klage abzuweisen und in die Kosten zu verurtheilen sey."

Der Kläger appellirte an den hiesigen höchsten Gerichtshof, und setzte seine Beschwerde darin, mit seiner Eideszuschiebung und der Klage selbst abgewiesen zu seyn.

Die Appellation wurde von dem H. Advocaten und Procurator Ritmeyer, zum Theile aus Gründen, die in der vorhergeschickten Abhandlung befindlich sind, zweckmäßig gerechtfertigt, dahingegen der appellatische Anwalt H. Dr. Beste, außer den bereits angeführten Gründen, besonders die Irrelevanz des Eides aus dem Umstande, daß er nicht mit auf das reprobatum gerichtet wäre, zu deduciren suchte.

Die zweite Section des Appellations-Hofes ertheilte hierauf (am 7ten September 1811) das hier folgende

Urtheil.

Die zweite Section des k. Appellations-Hofes:

Nach Ansicht des Art. 1360. des Code Napoléon;

In Erwägung, daß dieses Gesetz in den allgemeinsten Ausdrücken den Entscheidungs-Eid nicht nur in jeder Lage des Rechtsstreits, sondern selbst auch dann zuläßt, wenn über die Klage oder Einrede, derentwegen er verlangt wird, auch nicht einmal der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, mithin schon, bei einer so allgemein gefaßten gesetzlichen Bestimmung, es den Richtern nicht erlaubt seyn kann, sie durch Einschränkungen begränzen zu wollen, welche, obgleich in den bisherigen Gesetzen wohl begründet, keinesweges in den jetzt geltenden Gesetzen enthalten sind;

In Erwägung, daß um so weniger anzunehmen ist, daß das Gesetzbuch Napoleons die im gemeinen Rechte enthaltene Einschränkung, daß die Eides-Delation dann unzulässig sey, wenn dasjenige, welches eidlich erhärtet werden soll, bereits durch Documente oder Zeugen dargethan ist, habe aufnehmen wollen, da nicht nur dieses, im Cap. 2. X. de probationib. enthaltene, und aus der Lehre von der Gewissensvertretung folgende, Axiom, eben

so wenig, wie das gesammte canonische Recht, in Frankreich recipirt war, und also von der Beibehaltung eines bisherigen Gesetzes nicht die Rede seyn konnte; sondern vielmehr die Praxis der Parlamente, nach dem Zeugnisse der bewährtesten französischen Rechtsgelehrten, sogar die Eides-Delation gegen den Inhalt authentischer Acte zuließ;

In Erwägung, daß, bei der Allgemeinheit der Ausdrücke des angeführten Artikels, in Verbindung mit den erwähnten Umständen, also mit Gewißheit zu folgern, daß die Absicht des Gesetzbuchs Napoleons gewesen sey, es bei der bisherigen französischen Jurisprudenz zu lassen;

In Erwägung, daß wenn gleich durch den 230sten Art. der Pr. Ord. die französische Jurisprudenz (durch welche nicht bestimmt wird, welche Anzahl von Zeugen nothwendig sey, um durch gleichförmige Aussagen einen vollen Beweis zu bewirken, sondern welche vielmehr die Erwägung, ob durch die abgehörten Zeugen etwas bewiesen oder nicht, gänzlich von der Ueberzeugung der Richter abhängig macht,) abgeändert ist; dennoch nicht anzunehmen steht, daß der nach der Proceßordnung, durch die Aussage zweier vollgültiger Zeugen, bewirkte völlige Beweis, nach der Absicht dieses Gesetzes, von größerer Kraft, als derjenige Beweis seyn soll, welcher durch authentische Acte hervorgebracht wird, gegen den aber, außer der inscription en faux, auch die Eides-De-

lation, nach der französischen Jurisprudenz, zulässig ist;

In Erwägung, daß derjenige Eid, welchen der Kläger dem Beklagten in den Verhandlungen der ersten Instanz zugeschoben, obgleich nicht bestimmt auf das reprobatum mitgerichtet, dennoch von einer solchen Beschaffenheit erscheint, daß er, nach Maaßgabe der gesetzlichen Vorschriften entweder abgeleistet oder verweigert, zur Entscheidung der Sache beitragen kann; auch überdem der Appellant solche Eides-Delation, in der Appellations-Instanz, zeitig auch auf den Inhalt des reprobati ausgedehnt hat;

In Erwägung, daß der von dem Beklagten gerügte Mangel einer Special-Vollmacht, behuf der Eides-Delation, in erster Instanz nicht vorgebracht, wenigstens daß solches geschehen, mit nichts bescheiniget worden, mithin jetzt über diese Einrede um so mehr hinweg zu gehen, da Beklagter bereits erklärt hat, den ihm zugeschobenen Eid, wenn dessen Ableistung gerichtlich nothwendig erachtet würde, annehmen zu wollen;

Verordnet, mit Beiseitsetzung der unterrichterlichen Sentenz, d. d. 5ten Februar 1811,

daß Appellat den ihm deferirten und eventualiter acceptirten Eid:

„Gestalten Appellant in das am 10ten Juni „1803 zu Protocoll genommene Regulativ, in „Betreff der Durchfahrt über Appellatens Hof,

„seine Einwilligung gegeben, und dem damali-
„gen Oberamtmann Kubel nicht ausdrücklich
„erklärt habe, daß er sich das Recht der Ueber-
„fahrt ohne Einschränkung vorbehalte;

ferner:

„Gestalten Appellant seit zehn Jahren, vom
„zweiten September tausend achthundert und
„sechs an zurück zu rechnen, von der Durchfahrt
„über des Appellaten Hof in das Feld, mit
„dessen Vorwissen, ohne Einschränkung, und nicht
„vielmehr nur bittweise, Gebrauch gemacht habe,
in einem bei dem Tribunale erster Instanz
zu extrahirenden termino auszuschwören ge-
halten sey;

worauf sodann von ebengedachtem Tribu-
nale in der Hauptsache weiter zu erkennen
was Rechtens, mit Verurtheilung des Appel-
laten in die Kosten dieser Instanz.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Prä-
sident, v. Pufendorf, v. Strah-
lenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense,
Wedemeyer, Appellat.-Richter.

XXIV.

Zusammenberufung des Familienraths behuf der Vormunds-Ernennung.

Können die Procuratoren des Königs einen Friedensrichter die Zusammenberufung eines Familienraths, behuf der Vormundsbestellung, anbefehlen, oder bei dem competenten Tribunale einen dahin zweckenden Befehl auswirken?

Der 406ste Art. des Gesetzbuchs Napoleons schreibt vor:

„Der Familienrath wird zusammenberufen, entweder auf Ansuchen und Betreiben der Verwandten des Minderjährigen, seiner Gläubiger, oder anderer Interessenten, oder auch von Amts wegen und auf Verfügung des Friedensrichters des Orts, wo der Minderjährige seinen Wohnsitz hat. Ein jeder ist berechtiget, diesem Friedensrichter diesen Vorfall, welcher die Bestellung eines Vormundes erfordert, anzuzeigen." 1)

---

1) Vortreffliche Bemerkungen über das Institut des Familien-Raths finden sich in Gönner's Archiv für die Ge-

Man hat öfter die Frage aufgeworfen, ob, in dem Fall, da weder ein Verwandter, noch ein Fremder, die Zusammenberufung des Familienraths bewirkte, der königliche Procurator sie ex officio dem Friedensrichter anbefehlen, oder, bei dem Tribunale darauf antragen könne, daß dem Friedensgerichte aufgegeben werde, die fragliche Zusammenberufung zu veranlassen? — Beides ist zu verneinen.

---

setzgebung. I. B. 1 St. S. 101. f. f. Irrig ist es jedoch, wenn S. 108. behauptet wird, daß die im Art. 416. C. N. dem Friedensrichter beigelegte „voix délibérative" nur eine berathende Stimme sey, und daß also H. Daniels diesen Ausdruck irrig durch „eine Stimme welche mitgezählt wird" übersetzt habe. Voix délibérative heißt in der französischen juristischen Sprache: eine Stimme, welche in der Berathung mitgezählt wird. „On dit avoir voix délibérative, pour dire avoir voix de suffrage dans les déliberations d'une compagnie. Voix délibérative est opposé à voix consultative." Dictionnaire de l'Académie, s. v. délibératif. Doch gewiß rührt dieses Versehen jenes schätzbaren Gelehrten nur aus der im Jahre 1808. annoch in Deutschland obwaltenden Unbekanntschaft mit der französischen Gerichtssprache her. (Dieser hier gerügte Irrthum des H. Gönner ist nachher förmlich von ihm anerkannt. S. Archiv. III. B. 20. Vergl. Leipziger Literatur-Zeitung. 1811. Stück 42.) — Uebrigens ist der Familien-Rath ein uraltes französisches Rechtsinstitut, welches der C. N. nur vervollkommnet hat. Vergl. Locré, espr. ad art. 416. — Merlin, répert. s. v. conseil de fam. — Nouv. Ferrière par D'Agar. T. I. p. 438. — Levasseur, Manuel des justices de paix. p. 119. seq. (Paris, 1807. 8.)

Der Procureur des Königs kann den Friedensrichtern zwar, als seinen Hülfsbeamten in der gerichtlichen Policei, nicht aber in ihre Qualität als Richter, Befehle ertheilen. In dieser sind sie völlig unabhängig von seinen Befehlen und lediglich dem Staate selbst verantwortlich. 2) Es steht dem Procureur des Königs allerdings, so gut als jedem Fremden, und noch mehr, vermöge seiner Obliegenheiten für das Beste der Minderjährigen zu sorgen, zu, bei dem competenten Friedensrichter den Vorfall anzuzeigen, welcher die Bestellung eines Vormundes und also die Zusammenberufung eines Familienraths erfordert; so wenig aber ein Fremder, der kein directes Interesse dabei hat, daß diese Zusammenberufung geschehe, dieserhalb, wenn sie, der Anzeige ungeachtet, unterbliebe, Rechtsmittel zur Hand nehmen kann, 3) eben so wenig kann dieses das öffentliche Ministe-

---

2) Doch wird hierdurch keinesweges das Recht der königlichen Procuratoren, den Friedensrichtern, welche in der Ausübung ihrer richterlichen Functionen nachlässig sind, freundschaftliche Zurechtweisungen (reprimandes fraternelles) zu ertheilen, ausgeschlossen.

3) Locré, esprit du C. N. T. V. p. 69. „Ce n'est pas ici une requisition; le droit de requérir est reservé à ceux qui ont un intérêt d'affection ou pécuniaire à faire pourvoir le mineur d'un tuteur: c'est un simple avertissement donné à l'autorité publique, pour exciter sa vigilance, et dont il n'appartient pas au dénonciateur de poursuivre l'effet."

rium; indem ihm in Civil-Sachen, in welchen der Staat nicht selbst klagt, oder ein directes Interesse hat, lediglich das Recht als Neben-Partei (partie jointe) nicht aber als Hauptkläger (par voie d'action) aufzutreten zusteht; ein Grundsatz, welcher in Frankreich durch ausdrückliche Gesetze [4]) sanctionirt ist, bei uns aber aus der Natur des Instituts gefolgert werden muß. Dieser Umstand, daß das öffentliche Ministerium in Privat-Civil-Sachen nicht als Hauptkläger auftreten kann, verhindert auch, daß der königliche Procurator nicht bei dem Districts-Tribunale ein Erkenntniß auszuwirken [5]) vermag, wodurch dem Friedensrichter die fragliche Zusammenberufung anbefohlen würde. Es würde das öffentliche Ministerium sich hierdurch in eine Civil-Sache mischen, welche noch nicht rechtshängig geworden ist. Nur den Interessenten kann es zustehen, den Friedensrichter, welcher seine Verpflichtungen in dieser Hinsicht versäumte, mit der Syndicats-Klage zu verfolgen, nicht aber dem öffentlichen Ministerium. [6])

---

4) Gesetz vom 24. August 1790. tit. 8. Art. 2. — Praticien franç. T. I. p. 336. — Merlin, répert. s. v. Mineur. § 4. — s. v. Ministère publ. § 2. — s. v. Cassation. § 4. — S. jedoch Abhandlung XXX.

5) Wenn es Tribunale gab, welche die Friedensrichter ex officio citirten, um vor ihnen über ihre Justizverwaltung Red' und Antwort zu geben; so kann man nur den guten Willen bei solchem Diensteifer schätzen.

6) Merlin, répertoire. s. v. Ministère publ. § VI. „Il

Es ist also wohl über allen Zweifel erhaben, daß die aufgeworfene Frage gänzlich verneinend beantwortet werden müsse.

Durch ein Erkenntniß vom 27. Frimaire des Jahres 13. hat auch das französische Cassations-Gericht diese Grundsätze ebenfalls als richtig anerkannt. [7])

Keinesweges zweifle ich aber daran, daß das öffentliche Ministerium Friedensrichter, welche ihre Pflicht in der Bestellung der Vormünder versäumen, dem Justiz-Ministerium nahmhaft machen könne, damit solche Richter, auf eine nachdrückliche

---

résulte bien de l'art. 406. du C. N. que le procureur impérial peut dénoncer au juge de paix le fait qui doit donner lieu à la convocation d'un conseil de famille pour la nomination d'un tuteur. Mais peut-il, au lieu de lui faire la dénonciation de ce fait, se pourvoir au tribunal d'arrondissement, et lui faire ordonner de convoquer un conseil de famille? il le peut d'autant moins que, d'une part, le Code Nap., loin de lui en donner le droit, le lui réfuse implicitement, et que, de l'autre part, lui entredit expressement la voie d'action."
Eben diese Grundsätze stellt Maleville in der analyse ad art. 406. auf. — Mit Recht sagt Katharina II. in der Instruction für die Gesetzgebungs-Commission in Rußland, Art. 65: „Gesetze, die allzuviel Gutes stiften wollen, bringen öfter das größte Unheil zu wege." Ein Ausspruch, welchen solche Gerichtspersonen, die von einem steten Triebe, sich in Alles mischen zu wollen, besessen werden, eben so sehr als die Gesetz-Verfasser Rußlands zu beherzigen haben werden.

7) Merlin, répert. l. c. — Maleville, ad art. 406. C. N. — Zachariä, Handb. 2te Aufl. S. 77.

Art, zur Erfüllung ihrer Pflicht angehalten werden mögen; [8]) vielmehr halte ich dies für nothwendig.

---

8) Schreiben des H. Justiz-Ministers d. d. 21. Febr. 1809. an den Verf.:

„Lorsque parmi les juges de paix il s'en trouvent qui négligent leurs fonctions, Messieurs les Présidents et Procureurs du Roi doivent m'en prévenir, pour que je les rappelle à leurs devoirs, ou que je procure contre eux telles mesures, qu'exigent les circonstances. . . . . Au gouvernement seul appartient le droit d'examiner la conduite d'un juge, et de prendre à son égard telle mesure, qui lui convient d'adopter."

XXV.

Domicil des Minderjährigen. — Familienrath.

Wo geschieht die Zusammenberufung des Familienraths, wenn die Bestellung eines neuen Vormundes nothwendig wird? — Im Domicile des abgegangenen Vormundes, oder im ursprünglichen Domicile des Minderjährigen?

Der 108te Art des Gesetzbuchs Napoleons verordnet:

„Der nicht emancipirte Minderjährige hat seinen Wohnsitz bei seinen Aeltern oder seinem Vormunde, und der Volljährige, dem die eigne Verwaltung seines Vermögens genommen ist, bei seinem Curator."

Die Ernennung eines Vormundes oder eines Curators geschieht durch den Familienrath, und dieser wird, nach dem Art. 406. C. N.:

„zusammenberufen, entweder auf Betreiben der Verwandten . . . . oder auch von Amts wegen und auf Verfügung des Friedensrichters des

Orts, wo der Minderjährige (oder Interdicirte, Art. 509. C. N.) seinen Wohnsitz hat."

Obige beiden Gesetzstellen sind bereits öfter in dem Königreiche Westphalen die Ursache bedeutender Inconvenienzen und Schwierigkeiten gewesen, und von den verschiedenen Gerichten auch auf die verschiedenste Weise ausgelegt und angewendet.

Häufig geschieht es nämlich, daß der von dem Familienrathe des ursprünglichen Wohnsitzes des Minderjährigen ernannte Vormund entweder bereits zur Zeit seiner Ernennung sehr entfernt von jenem Domicile des Minderjährigen wohnt, oder daß er, wenn dieses auch nicht gleich anfangs der Fall war, während der Dauer der Vormundschaft seinen Wohnsitz an einen entfernten Ort verlegt, wo der Minderjährige weder Verwandte noch solche Familien-Freunde hat, welche, wenn es auf die Bildung eines gesetzlichen Familienraths ankömmt, eine Stelle in demselben (soll anders der Wunsch des Gesetzes, in seinem ganzen Umfange, erfüllt werden) einnehmen können.

Wie ist hier das Interesse des Minderjährigen sicher zu stellen; wie ist des Gesetzes wohlthätige Absicht zu erreichen, wenn die Zusammenberufung eines Familienraths nothwendig wird, entweder um den Vormund, in den von den Gesetzen ausgedrückten Fällen, zu irgend einer Handlung zu autorisiren, oder um bei erfolgtem Ab-

sterben desselben, einen neuen zu ernennen? — Daß dieses durch einen an dem Wohnorte des Vormundes, der nun auch der gesetzliche Wohnsitz des Minderjährigen geworden ist, aus lauter fremden Menschen zusammengesetzten Familienrath nicht geschehen könne, ist so in die Augen fallend, daß es überflüssig seyn würde, darüber ein Wort zu verlieren; nicht zu gedenken, daß der Friedensrichter eines solchen, von dem ursprünglichen Wohnsitze des Minderjährigen entfernten, Ortes, von dem vormundschaftlichen Amte des verstorbenen Vormundes wahrscheinlich gar keine Kenntniß haben, und also auch keine Schritte zur gesetzlichen Wiederbevormundung des Minderjährigen machen wird.

Es läßt sich nicht läugnen, daß hier die Gesetzgebung Napoleons (insofern sie ihre Absicht mit bestimmten Worten aussprach) eine bedeutende Lücke enthält, welche, so lange sie durch kein ausdrückliches Gesetz ausgefüllt ist, durch eine, aus dem Geiste der Legislation geschöpfte, Jurisprudenz, wodurch das Interesse des Minderjährigen gerettet wird, nothwendig ausgefüllt werden muß. Freilich gestehe ich, daß die Worte des Gesetzes so bestimmt lauten, daß eine ihnen gewissermaßen entgegenzustehen scheinende Jurisprudenz nur durch den, an so vielen andern Stellen so deutlich ausgesprochenen Geist des Gesetzes (die größte Fürsorge für den Minderjährigen) und durch die Unmöglichkeit, des Ge-

setzes Willen durch eine knechtische Anwendung seiner Worte zu erfüllen, gerechtfertigt werden kann.[1]) Soll aber jener Wille des Gesetzes erfüllt werden, so muß man als Axiom festsetzen: Nur in Hinsicht derjenigen Geschäfte, in welchen der Vormund selbstständig, ohne Concurrenz des Familienraths und des Ge-

---

1) Der Richter ergänzt hier also nur eine Unvollständigkeit des Gesetzes in dessen wörtlichen Bestimmungen, indem er nach dem Geiste desselben in einem speciellen Falle entscheidet, obgleich dessen im Allgemeinen ausgedrücktes Wort entgegenzustehen scheint. Diese Auslegungs-Berechtigung ist der Rechtswissenschaft nie bestritten, ja sogar durch ausdrückliche Gesetze eingeräumt. „Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia earum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet." Hier ist aber des Gesetzes Wille, daß ein zweckmäßiger Familienrath erwählt werden solle, klar. — Ich glaube also nicht durch die gegenwärtige Interpretation in den von H. Gönner (Archiv II. 2. p. 252.) so treffend gerügten Fehler zu verfallen: „Der Lehrer des Gesetzes darf es nicht wagen, schiefe Blicke, Inconsequenzen, Unbilligkeiten der Prinzipien eines Gesetzes, oder seiner Folgesätze durch philosophische Doctrin selbst zu verbessern, und die Nation oder ihre Richter in dem Kampfe gegen das Gesetz oder das geltende Recht in Ungewißheit zu versetzen: aber er wird, sollte er nicht auch Rechtsgelehrter seyn, seine Bemerkungen dem Gesetzgeber oder dem Rechtsgelehrten mittheilen, und eine Verbesserung durch den Gesetzgeber bewirken, der allein berechtigt ist, Fehler der Gesetzgebung, auf eine zuverlässige, mit Umsicht abgewogene, der ganzen Nation bekannte, und allgemein verbindliche Art zu verbessern."

richts, handelt, bekam der Minderjährige den Wohnsitz des Vormundes; in Hinsicht aller übrigen Geschäfte blieb aber des Minderjährigen Wohnsitz da, wo die Vormundschaft ihren Ursprung nahm. 2) Eine Bestimmung, welche gewiß werth wäre, in dem Gesetzbuche einen Platz zu finden.

Diese Theorie, die, unter meinem Vorsitze, von dem Tribunale zu Einbeck bei der wichtigen Vormundschaft der nachgelassenen Kinder des verstorbenen Drosten von Reiche zu Greene, deren Vormund zu Wolfenbüttel wohnte, dergestalt angewendet ist, daß sich jenes Tribunal stets als dasjenige Gericht betrachtet hat, welches über die zu Greene, und nicht zu Wolfenbüttel, gemachten Familienraths-Beschlüsse die nöthigen Homologationen zu ertheilen habe, ist auch diejenige, welche der Cassations-Hof zu Paris längst anwandte, wie die hier folgende, aus dem Franzö-

---

2) Man hatte bei der Abfassung der gegenwärtigen Gesetzgebung ganz andere Schwierigkeiten, als die, wovon hier die Rede ist, vor Augen, und überging diese daher ganz. Jene entstanden vorzüglich daraus, daß es ehedem in den verschiedenen Provinzen Frankreichs verschiedene Successions-Arten gab. Hatte nun der Minderjährige sein Domicil bei dem Vormunde, so konnte dieser, durch eine Veränderung seines Domicils auch die Successions-Ordnung des Minderjährigen ändern. Man fand, daß jene Schwierigkeit jetzt nicht mehr statt habe, und fand nun gar keine mehr. (Locré, esprit, ad art. 108.)

sischen übersetzte Rede des Hrn. General-Advocaten Daniels und das darauf am 29sten November 1809 abgegebene Erkenntniß zeigen. [3]) Es ist in diesen Verhandlungen zwar von einem interdicirten Volljährigen die Rede; bekanntlich finden aber, in Hinsicht des fraglichen Gegenstandes, gleiche Grundsätze in Betreff der Minderjährigen und der Interdicirten Statt. [4])

„Es ist wahr (sagte H. Daniels) [5]), der 108te Art. des G. N. bestimmt, daß der interdicirte Volljährige, gleich dem Minderjährigen, den Wohnsitz bei seinem Curator haben soll. Aber noch ehe man beiden einen Vormund und Gegenvormund ernannte, hatten sie bereits einen gesetzlichen Wohnsitz. Verliehren sie diesen in jeder Hinsicht in dem Augenblicke selbst, da ihnen ein Vormund ernannt wurde? — Es scheint mir dieses nicht der Sinn des 108ten Art. zu seyn.

Gewiß ist es, der Minderjährige, oder der Interdicirte, wird in dem Domicile seines Vor-

3) Sirey, jurisprudence de la cour de cassat. T. X. 1810, can. 2. p. 62.

4) Art. 509. C. N.

5) Die großen Talente dieses deutschen Rechtsgelehrten (ehemahligen Kur-Cöllnischen Geheimen-Rathe und Professor zu Bonn) habe ich mehrmahls vor dem versammelten Cassations-Gerichte zu Paris zu bewundern Gelegenheit gehabt, bei dem und dem gesammten französischen juristischen Publicum er der deutschen Gründlichkeit eine allgemein anerkannte Ehre macht.

mundes vorgeladen, sollte sich dieses auch in einem Canton oder Departement befinden, worin sein ursprünglicher Wohnsitz nicht befindlich ist: [6]) aber hieraus muß man nicht schließen, daß nun alle Berathschlagungen, welche Bezug auf die Vormundschaft haben, vor einem neuen Friedensrichter vorgenommen werden müssen.

Das Gesetz schreibt diese Veränderung nicht vor, welche mit dem Vortheile des Interdicirten oder Minderjährigen im völligen Widerspruche seyn würde. Indem der Art. 406. C. N. die Zusammenberufung des Familienraths vor dem Friedensrichter des Minderjährigen oder Interdicirten verordnet, hatte das Gesetz offenbar das Domicil, welches dieselben vor der Ernennung ihres Vormundes hatten, vor Augen.

Uebrigens macht auch jene gesetzliche Bestimmung keinen Unterschied zwischen der ersten und einer nachfolgenden Vormunds-Bestellung. Es scheint mir daher, daß die letzte vor eben dem Friedensrichter als die erste Statt haben müsse, und daß im allgemeinen alle Familienraths-Versammlungen vor ihm zu halten sind, ohne Rücksicht auf des Vormundes Wohnsitz.

Gewiß ist es des Gesetzgebers Absicht nicht gewesen, den Ort jener Versammlungen eben den

---

6) Pr. Ord. Art. 19. No. 8. Code de pr. art. 69.

Abwechselungen zu unterwerfen, welche mit dem Wohnsitze des Vormundes vorgehen können.

Oft ist der Familienrath aus Nachbaren und Freunden zusammengesetzt, die gar keine Verpflichtung haben, sich zu den Versammlungen zu begeben, so der Vormund an seinem eignen Wohnsitze zu berufen die Absicht haben könnte.

Nach der Meinung der Klägerinn müßte man jeden Augenblick einen neuen Familienrath bilden, und da die Vormundschaft über einen Interdicirten 40 bis 50 Jahre füglich dauern kann, der Vormund aber, nach Maasgabe des 508ten Art. C. N., nach zehn Jahren zu verlangen berechtigt ist, durch einen andern ersetzt zu werden, ihn auch nichts hindert, während der Vormundschaft seinen Wohnsitz so oft er will zu verändern; so wäre es sehr möglich, daß man ein, von einem Familienrathe zu Colmar begonnenes Geschäft zu Marseille, oder gar in den Westindischen Colonien beendigen sähe.

Aus eben dem Grunde, aus welchem verordnet ist, daß die erste Zusammenberufung des Familienraths vor dem Friedensrichter des eignen Wohnorts des Minderjährigen oder Interdicirten Statt habe, ist es auch nothwendig, daß alle folgenden Verhandlungen seiner Competenz unterworfen werden müssen.

Es ist dieses eine Folge des L. 45. D. de

judic., [7]) und L. 1. C. ubi de ratiociniis, [8]) welche Gesetze durch kein neueres eine Abänderung erlitten haben.

Diese Gesetze verordnen, daß der Vormund, durch die Annahme der Vormundschaft, sich der Gerichtsbarkeit desjenigen Ortes unterwirft, wo ihm jene übertragen wurde. Wenn aber, nach der Ernennung des Vormundes, der Familienrath sich in Gegenwart und unter dem Vorsitze des Friedensrichters des Vormundes versammeln sollte, wie könnte der Vormund dann der Gerichtsbarkeit des Richters des Orts wo er ernannt ward, unterworfen seyn? —

Ich muß also meinen Antrag dahin machen, daß der 108te Art. des C. N., indem er dem Minderjährigen und Interdicirten den Wohnsitz des Vormundes giebt, hierbei die Berathschlagungen des Familienraths nicht berücksichtigte." u. s. w.

Urtheil des Cassations-Hofes zu Paris.

Der Cassations-Hof,

In Erwägung 1) daß, in Betreff der That-

---

7) „Argentarium, ubi contractum est, conveniri oportet: nec in hoc dilationem, nisi ex justa causa dari, ut ex provincia codices adferantur. Idem in actione tutelae placuit."

8) „Eum qui aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo, administravit: ubi haec gessit, rationem oportet reddere."

sachen, durch das angefochtene Erkenntniß entschieden wurde, daß der majorenne H. Descepeaux, vor seiner Interdiction, seinen Wohnsitz in dem Bezirk des Friedensgerichts von Château-Gontier hatte, und daß er stets fortgefahren, in diesem Bezirke zu wohnen;

2) daß, in Betreff der Rechtsgründe, aus den Art. des C. N. 108, 406, 505 und 509. keinesweges folgt, daß die Familienraths-Versammlungen vor den Friedensrichtern der Wohnsitze der Vormünder oder Curatoren zusammenberufen werden müssen;

daß die Verordnung des Art. 406., welche bestimmt, daß behuf der ersten Ernennung eines Vormundes der Familienrath vor dem Friedensrichter des Wohnsitzes, den damahls der Minderjährige hatte, geschehe, auch auf alle in der Folge nothwendig werdenden Familienraths-Versammlungen anzuwenden ist;

daß in der That es dem Vortheile des Minderjährigen oder Interdicirten oft äußerst nachtheilig seyn würde, wenn die Zusammenberufung des Familienraths, nach Maasgabe des von dem Vormunde veränderten Wohnsitzes, auch stets an andern Orten Statt hätte:

Verwirft u. s. w.

Section der Bittschriften. —

Präs., H. Henrion, Referent, H. Chabot de l'Allier. — 29. Nov. 1809.

XXVI.

Domicil der Ehefrau. — Personal-Arrest.

(Siehe Abhandlung Nro. XIII.)

Kann der Ehemann seine Frau durch körperlichen Zwang zu ihrer Verpflichtung bei ihm zu wohnen anhalten lassen?

Das von mir in der 13ten Abhandlung aufgestellte Axiom, daß eine Ehefrau nicht schleunig genug,[1]) und also selbst durch Personal-Arrest

---

1) „La loi poursuit la femme qui s'échappe du lien conjugal, et l'y rammène aussitôt qu'elle peut l'attendre. Il faut cette prestesse pour remplir le voeu public et préserver une épouse légère des dangers qui la suivent dans sa course irrégulière. Le moindre délai est contraire à ce double but. En pareil cas l'action de la justice ne peut trop imiter la rapidité du liberateur qui ravit aux flôts une victime, il la saisit et la ramène au rivage. Ainsi le tribunal, chargé de descendre dans l'abîme où se trouve une jeune femme égarée, ne peut se borner à l'avertir qu'elle périt, il doit assurer son salut, en la rendant, sans intervalle, au noeud qui la réclame, au véritable élément de l'honnêteté et de la décence." Mémorial du conseil de jurisprudence à Paris etc. rédigé par Louis-François-Aubin Lefebvre. T. I. p. 65. (Paris, 1811. 8°, bis jetzt 2 Bände.)

zu der Verpflichtung, nach Maasgabe des 214ten Art. C. N., bei ihrem Ehemanne zu wohnen, angehalten werden könne, hat durch ein am 17ten Julius 1810. von der 1sten Cammer des Appellations-Hofes zu Turin abgegebenes Erkenntniß in der französischen Jurisprudenz eine neue Bestätigung erhalten. Es scheint daher nicht zweifelhaft, daß jene, gewiß in dem Geiste unserer Gesetzgebung begründete Praxis, gegen die Meinung einiger Rechtsgelehrten, den Vorzug behalten werde. 2)

Ich halte es nicht für überflüssig, hier eine Uebersetzung jenes Erkenntnisses folgen zu lassen, da bei dem hiesigen Appellations-Hofe der in Frage stehende Gegenstand noch nicht zur Entscheidung gekommen ist. 3)

---

2) Die Verpflichtung der Ehefrau, bei ihrem Manne zu wohnen, ist so stark, daß, während sie sich solcher entzogen hat, sie mit keiner Klage gegen den Mann gehört wird, welche aus dem Ehecontracte ihren Ursprung nimmt. So wies mit Recht der kais. Gerichtshof zu Turin eine Ehefrau mit ihrer Klage um Trennung der Güter ab, da ihr der Mann die Einrede der willkührlichen Absonderung von ihm entgegen setzen konnte.

„Considérant que la séparation volontaire de la femme ne peut être envisagée que comme une abjuration de ses devoirs; . . . . . une conduite que les juges doivent condamner comme reprouvée par la morale et la loi positive.“ Sirey, jurispr. de la cour de cassat. 1811. II. P. Cah. 7. p. 271.

3) S. Bibliothèque du Barreau, Mars, 1811. I. Partie, p. 448.

Die Frau Vinardi, geb. Data, hatte gegen ihren Ehemann eine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett angestellt, aber war mit derselben abgewiesen worden. Ihr Ehemann wurde nun gegen die bisherige Klägerinn, welche keine Anstalt machte zu ihm zurückzukehren, dahin klagbar: daß ihr, selbst bei Vermeidung des Personal-Arrestes, anbefohlen werden möge, wiederum bei ihm ihre Wohnung zu nehmen. Es erfolgte ein Erkenntniß des Tribunals 1ster Instanz zu Turin unter dem 23sten Januar 1810., wodurch der Frau Vinardi zwar aufgegeben wurde, in das Haus ihres Ehemannes zurückzukehren, welches aber auch zugleich den Grundsatz aussprach, daß unter den bestehenden Verhältnissen eine Androhung des Personal-Arrestes nicht anwendbar sey.

H. Vinardi appellirte wegen des ihm versagten Personal-Arrestes.

H. Rocca, General-Procurator des Appellations-Hofes concludirte auf die Bestätigung des Erkenntnisses der 1sten Instanz. Er stützte sich vorzüglich darauf, daß sehr bedenkliche Inconvenienzen daraus entstehen würden, wenn man in die von dem Kläger geforderte harte Maasregel willigen wollte, besonders deswegen, da man, um zur Execution des Urtheils zu gelangen, entweder das gemeinschaftliche Haus in ein Gefängniß verwandeln, oder die Verhaftung täglich wiederholen

müsse. Der Appellations-Hof ließ sich jedoch nicht bewegen, die Meinung der ersten Richter anzunehmen; sondern ertheilte folgendes reformatorisches

Urtheil.

Der Appellations-Hof:

In Erwägung, daß es eine der vorzüglichsten Eigenschaften eines Erkenntnisses ist, daß es vollzogen werden kann;

daß ihm diese Eigenschaft durch die Natur der Sache selbst, durch die Majestät des Souverains, in dessen Namen es ausgesprochen wurde, und durch den Executions-Befehl, womit es sich endigt, unstreitig zukömmt;

daß, da unter den von dem Gesetze autorisirten Executions-Mitteln sich auch die öffentliche Gewalt befindet, es nicht zweifelhaft seyn kann, daß auch diese gegen eine Partei, welche den Inhalt eines Erkenntnisses zu befolgen sich weigert, angewendet werden könne, es sey denn, daß das Gesetz selbst, als Ausnahme, diese Anwendung verböthe;

daß die Verpflichtung, welche der 214te Art. C. N. der Frau auflegt, (eine Verpflichtung, welche wesentlich aus der Natur der ehelichen Verbindung fließt) nur dann zu existiren aufhört, wenn die Frau auf eine gesetzliche Weise autorisirt wurde, von ihrem Manne getrennt zu leben;

daß hieraus folgt, daß wenn durch ein Er-

kenntniß der Frau anbefohlen ward, bei ihrem Manne zu wohnen, sie aber diesem Befehle zu gehorchen sich weigert, und jedes andere Executions-Mittel seine Dienste versagt, alsdann die öffentliche Gewalt zur Vollziehung des Erkenntnisses angewendet werden könne und müsse, indem in dieser Hinsicht von dem Gesetze keine Ausnahme gemacht wurde; . . . . . .

daß bei der Anwendung obiger Grundsätze auf den gegenwärtigen Fall die Gewißheit vorhanden ist, daß Cathatine Data, verehlichte Vinardi, die Verpflichtung auf sich hatte, nachdem ihre Klage auf die persönliche Trennung verworfen war, sich zu ihrem Ehemanne in das gemeinschaftliche Haus zu begeben, und daß, da sie dem in der Appellations-Instanz abgegebenen Erkenntnisse, wodurch ihr jene Verpflichtung auferlegt wurde, nicht nachlebte, sie zur Erfüllung derselben, selbst durch Personal-Arrest, angehalten werden kann;

daß man hier vergeblich das Axiom: ad factum nemo compelli potest, und den Grundsatz, daß jede Verpflichtung, quae in faciendo consistit, sich nothwendig und einzig in Schadensersatz auflösen müsse, zur Anwendung zu bringen sucht, indem man diejenigen Verpflichtungen, wo die Handlungen oder die Industrie der Person der vorzüglichste Gegenstand der Forderung sind, von denen unterscheiden muß, deren einziger Vorwurf die Gegen-

wart der Person selbst ist, von welcher man gar keine positive Handlung verlangt;

daß man auch vergeblich die bemerkte Maaßregel dadurch zu beseitigen sucht, daß man die Inconvenienzen anführt, zu welchen sie die Veranlassung geben könnte, da, wenn sie auch vorhanden seyn sollten, welches annoch zweifelhaft ist, man doch nie unter einem solchen Vorwande Grundsätze adoptiren darf, welche noch größere Inconvenienzen, nämlich eine ganz neue Ehe-Trennungs-Methode gegen die Gesetze einzuführen, veranlassen . . . u. s. w.;

Erkennt:

daß das Urtheil der 1sten Instanz, d. d. 23. Jan. 1810., zu verwerfen, Catharine Data aber, wenn sie sich binnen 14 Tagen nicht in die Wohnung ihres Ehemannes begeben sollte, [4]) durch Personal-Arrest dazu anzuhalten.

---

4) Es giebt Tribunale, welche, unter ähnlichen Umständen, sagen: „dann, auf Anrufen des Gegentheils, dies Erkenntniß in executorischer Form ausgefertigt werden soll." — Eine Verwechslung der vorigen und jetzigen Proceß-Gesetzgebung! Die Expedition mit der executorischen Clausel ertheilt der Greffier, ohne das Gericht zu fragen, und dieser kann sie (wenn nicht ein gesetzlicher Grund vorhanden), nicht verweigern. Pr. Ord. Art. 784. 785.

XXVII.

Personal-Arrest in Wechsel-Sachen.

Findet nach dem Gesetzbuche Napoleons Personal-Arrest in Wechsel-Sachen Statt?

Bezieht sich die Befreiung siebenzigjähriger Personen vom Personal-Arreste auch auf Handels-Sachen?

Befreit Krankheit vom Personal-Arreste, sowohl in gewöhnlichen Civil-, als Handels-Sachen?

Daß das Gesetzbuch Napoleons in Ansehung derjenigen Gegenstände (Materien), in welchen es keine Verfügungen enthält, die bisherige Gesetzgebung in Westphalen bestehen lasse, und daß unter solche Materien namentlich alle Handels- und Wechsel-Sachen [1]) gehören, kann sowohl nach den

1) „La loi entend par matière civile non ce qui appartient à l'ordre purement civil exclusivement au criminel, mais ce qui appartient aux affaires civiles du ressort des juges ordinaires, ce qui par conséquent est étranger aux affaires de commerce." Merlin, quest. de droit, T. III. p. 42. s. v. contrainte par corps, § III.

Gesetzen, [2]) als nach dem, was von mehrern Schriftstellern hierüber bereits öfter gesagt ist, nicht dem geringsten Zweifel unterworfen seyn. [3])

Es findet also das Wechselrecht [4]) in den verschiedenen ehemahligen Provinzen des Königreichs, insofern es in denselben gültig war, nach Maaßgabe der bisherigen verschiedenen Landesgesetze, annoch jetzt völlige Anwendung. Ein Wechsel-Schuldner oder Wechsel-Bürge, welcher seine Verpflichtungen nicht erfüllt, ist daher nach wie vor auch dem Personal-Arreste unterworfen. [5])

---

2) Königl. Decr. d. d. 21. Sept. 1808. C. N. 2070. Pr. Ord. 834.

3) Rechtswissensch. 1 Hft. Abhandl. XVIII. — Spangenberg's Abhandl. In wiefern gelten in Westphalen die frühern Gesetze noch neben dem C. N.? in Oesterley's Magazine 1 B. 1 Hft. — Zachariä's Handbuch, 2 Aufl. Thl. I. Einl. S. LXXXIII. und die daselbst angeführten Schriftsteller. — Seidensticker, critische Literatur des Napoleon. R. B. I. Einl. S. 7.

4) Vollständige Aufklärung sowohl über die ältere als neuere französische Legislation in Wechselsachen und einen Auszug der merkwürdigsten Erkenntnisse der höhern französischen Gerichte in Wechsel- und Handelssachen, seit der Publication des Code civil, findet man in Pothier, traité du contract de change, édition de Huttenau. (Paris, 1809. 8°.)

5) Während der Revolution hatte man in Frankreich den persönlichen Haft in Civil-Sachen, als der bürgerlichen Freiheit zuwider, abgeschafft; bald bemerkte man jedoch die nachtheiligen Folgen dieser Maaßregel, und stellte ihn wieder her. Das Gesetz vom 15ten Germinal VI., wodurch dieses geschah, (Recueil des loix publ. dans les Départ. hanséatiques, T. I. p. 60 seqq.) enthält Bestimmungen, welche zum Theil einer Verpflanzung nach Westphalen werth wären.

Da jedoch die Execution eine von dem Haupt-Verfahren gänzlich verschiedene Procedur ist, so ist bei derselben die neue Legislation zur Anwendung zu bringen; [6]) woraus denn wiederum folgt, daß also bei der Verhaftung selbst (als einem Executions-Mittel) diejenigen Grundsätze zu befolgen sind, welche der Geist und die ausdrücklichen Vorschriften unserer neuen Gesetzgebung, und namentlich über die Verhaftnehmung der 15te Tit. des 5ten Buchs unserer Pr. Ord., vorschreiben.

Unter den Verfügungen des Gesetzbuchs Napoleons, [7]) wodurch die Härte der Maaßregel der persönlichen Haft in Civil-Sachen sehr gemildert wird, ist die im 2066sten Art. enthaltene, wodurch verordnet wurde, daß gegen siebenzigjährige Personen nur im Falle des Stellionats auf Personal-Arrest erkannt werden kann, eine der merk-

---

6) Schreiben des H. Justizministers des Königr. Westph. vom 8ten Febr. 1810., in Oesterley's Magaz. Thl. II. S. 286.

7) Schon die Ordonnanz von 1667. tit. 34. art. 9. befreite siebenzigjährige Greise von der Verhaftung. Die Ordonnanz vom Jahre 1673. tit. 7. art. 1. schwieg hierüber. — Vergl. über diese Materie Bornier sur l'art. 9. tit. 34. de l'ordon. de 1667. — Rodier über eben diesen Art. p. 553. — Pothier, traité de la procédure civ. et crim. T. II. p. 24. — Brillon repert. s. v. lettre de change, No. 9, T. V. p. 590. — Ferrière, Diction. de droit, s. v. septuagénaire. — Nouveau Ferrière par D'Agar, T. III. p. 282. s. v. septuagénaire. — Sirey, jurispr. de la cour de cassat. 1811. cap. 4. II. p. 122.

würdigsten und menschlichsten. [8]) Da jedoch der 2070ste Art. C. N. ausdrücklich verordnet: daß die besondern Gesetze, welche die persönliche Verhaftung in Handelssachen zulassen, durch die vorher aufgestellte Gesetzgebung keine Abänderung erleiden sollen: so litt es auch keinen gegründeten Zweifel, daß, wenn die Handelsgesetze erlaubten, auch siebenzigjährige Greise, in Handelsangelegenheiten, dem Personal-Arreste zu unterwerfen (wie in Frankreich der Fall ist) [9]), solche harte Gesetzgebung dann, auch noch nach der Publication des C. N., als bestehend angesehen werden müsse. [10])

---

8) Motifs, T. VII. „L'humanité et la morale applaudissent à ce respect pour la vieillesse, à ces égards et à cet interêt accordés à la foiblesse et aux infirmités de l'âge." — Doch wiederholte die jetzige französische Gesetzgebung die Verordnung vom 15ten Germinal VI. nicht, welche bestimmte, daß niemand wegen einer Handlungs-Schuld länger als fünf Jahre eingekerkert seyn könne. Vermochte er in diesem Zeitraume nicht zu bezahlen, so wurde er auf freie Füße gesetzt. Dies Princip wird in Frankreich auch noch in solchen Sachen angewendet, wo die Schuld, welche zum Personal-Arrest Veranlassung gab, unter der Herrschaft des Gesetzes vom 15ten Germinal VI. contrahiret war. Sirey, Jurisprud. de la cour de cassation, T. XI. 1811. 2e cah. p. 69.

9) Gesetz vom 15ten Germinal VI. — Avis du conseil d'état du 6. Brumaire XII. — Praticien fr. T. V. p. 39. — Vergl. jedoch Sirey Jurispr. de la cour de cassat. 1811. cah. 4. II. p. 121.

10) Merlin, questions de droit, T. III. p. 42. s. v. contrainte par corps. § III. — Wo diese Frage nach den

Aeußerst zweifelhaft wurde aber die Beantwortung dieser Frage durch die Publication des Code de procédure civ., da dieser (dessen Anwendung in Handelssachen unbestritten ist) im 800sten Art. ausdrücklich verordnete: „Si le débiteur est septuagénaire, et si, dans ce cas, il n'est stellionataire..., il obtiendra son élargissement." 11)

Bezieht sich diese Verordnung nur auf die in gewöhnlichen Civil-Sachen (affaires purement civiles) verhafteten Schuldner, nach Maaßgabe der Vorschrift des C. N.? — oder: hatte das spätere Gesetz die Absicht, dessen Vorschrift abzuändern, und das Privilegium der Siebenzigjährigen auch auf die, welche in Handelssachen verhaftet werden, auszudehnen? — Fragen, die nicht nur in Frankreich, sondern auch in Westphalen, auf eine ganz gleiche Art, wichtig sind; da der Art. 730. unserer Pr. Ord. gänzlich mit dem Art. 800. des Code de

---

Grundsätzen, die unter der Herrschaft des Gesetzes vom 15ten Germ. VI. statt hatten, beantwortet wird.

11) Diese Vorschrift ist in dem königl. franz. Arrêt du conseil vom 8ten Mai 1668. enthalten. „Sa Maj. fait défense d'imprisonner aucuns septuagénaires, ni de les retenir pour dettes purement civiles; mais veut qu'incontinement après qu'ils auront atteint l'âge de soixante-dix ans, ils soient mis hors desdites prisons. Bornier, recueil des arrêts. — Nouveau Ferrière par D'Agar, T. III. p. 283.

pr. übereinstimmt, und da von ihrer Beantwortung es abhängt, ob bei uns ein siebenzigjähriger Wechsel-Schuldner verhaftet werden kann, oder nicht.

Nicht nur die Rechtsgelehrten,[12] sondern auch die Gerichte, ja sogar zu Paris die verschiedenen Sectionen des dortigen Appellations-Hofes, beantworteten jene Fragen verschieden, bis sie endlich zur Entscheidung vor das

---

12) Auch auf Handelssachen dehnen die Vorschriften des Code de proc., in Hinsicht der Verhaftung der Siebenzigjährigen aus; Delaporte in den Pandectes fr. T. XVIII. p. 369 seq. Dieser hält den nachher erwähnten Ausspruch des Cassations-Hofs für einen förmlichen Irrthum. „Je ne crois pas pouvoir douter que la cour de cassation, si la question se représente, ne revienne sur l'arrêt rapporté et ne ramène les sections de celle d'appel, à l'unité de doctrine." — Bavoux und Loiseau im Praticien, T. V. p. 40. führen wichtige Gründe für ihre Meinung an: Im Projecte des Code de proc., Art. 813. Nro. 5., war der Zusatz enthalten: „Si le débiteur a accompli sa 70ème année, et si dans ce dernier cas il n'est ni . . . . banqueroutier frauduleux, ni marchand ou négociant." Verschiedene Appellations-Höfe machten hiergegen Bemerkungen, und im Gesetze findet sich jener Zusatz nicht. — In der Jurisprudence du C. N. beharren jene beiden Rechtsgelehrten bei ihrer Meinung, und behaupten: „la cour de cassation a préféré de s'attacher judaïquement au texte de l'art. 2070. du C. N." Jurispr. T. IX. p. 118. (Eine Aeußerung, die mir nicht ganz respectvoll zu seyn scheint.) — Die Meinung des Cassations-Hofes vertheidigt Merlin sehr ausführlich im Répert. s. v. contrainte par corps, woselbst man die vollständige von ihm über diesen Gegenstand gehaltene gerichtliche Rede findet.

Cassations=Gericht gelangten, welches dann, nach einer sehr ausführlichen, conformen Conclusion Merlins, dahin entschied, daß jene Vorschrift der Nicht=Verhaftung siebenzigjähriger Personen in Handels=Sachen keine Anwendung fände.

So hart nun auch diese Entscheidung scheint, so halte ich sie dennoch für gerecht. Nach dem C. N. allein konnte sie keinem gegründeten Zweifel unterworfen seyn. Dieser unterscheidet stets „affaires civiles“ von „affaires commerciales,“ und in den letztern sollten die Dispositionen des Gesetzbuchs nicht in Anwendung kommen: es blieb also nur die Frage übrig: Hat der Code de procédure die Gesetzgebung des C. N. abzuändern die Absicht gehabt? [13]) Dies kann, nach meiner Meinung, nicht angenommen werden, da der Zweck des Art. 800. des Code de

---

13) Merlin l. c. „L'art. 800. du Code de procédure défend-il indistinctement de contraindre par corps les septuagenaires? Non, il dit seulement que le débiteur légalement incarcéré, sera élargi dès qu'il aura commencé sa 70e année. Par-là, sans doute, il suppose qu'un débiteur qui a commencé sa 70e année ne peut plus être contraint par corps. Mais il ne fait que le supposer, et l'on sait qu'en droit supposer n'est pas disposer: l'on sait sur-tout que ce n'est point par une supposition puisée dans une loi générale, que le législateur peut être censé déroger à une loi d'exception qui fait taire la loi générale dans le cas que cette loi d'exception a précisé.“

procédure (wie der des 730sten der Pr. Ord.) offenbar nur dahin geht, eine Norm zu geben, wie die Legislation des C. N., in Hinsicht des Personal-Arrestes, zur Vollziehung gebracht werden soll, nicht aber eine in jener Gesetzgebung enthaltene Ausnahme von der allgemeinen Regel aufzuheben. Nur Personen, welche das siebenzigste Jahr noch nicht erreichten, können, nach dem C. N., in der Regel, verhaftet werden; drei Ausnahmen enthält der Art. 2070. Man konnte zweifeln, ob jemand, der zwar vor dem 70sten Jahre verhaftet wurde, aber dasselbe im Gefängniß erreichte, auf Loslassung Anspruch machen könne. Die Pr. Ord. entscheidet diese Frage mit Ja; wie läßt sich annehmen, daß sie durch diese Beantwortung einer, die Regel betreffenden, Frage die Ausnahme habe abändern wollen? — Jenen Zweifel wollte der Code de proc. offenbar nur lösen, nicht aber Commercial-Gesetze, welche außerhalb seiner Sphäre lagen, abändern. In Handelssachen muß die schnellste Vollziehung Statt finden: jede Zögerung, jede Unrechtlichkeit ist hier gefährlich. Der Kaufmann ist gleichsam ein Agent des Staats; [14]) glaubt er, nach seinem 70sten Jah-

---

14) Ein Kaufmann, welcher seine Verpflichtungen bis zu dem Grade nicht erfüllt, daß er fallirt, wird daher auch in Frankreich nicht werth gehalten ferner Staatsbürger zu seyn. Er verliert seine Bürgerrechte, und ist jedes Amts unfähig.

re annoch hinlängliche Kräfte zu haben, seine Geschäfte fortsetzen zu können: so muß er sich auch dem ganzen Umfange der Verpflichtungen, welche sein Gewerbe nothwendig macht, mit unterwerfen. 15)

Es war also selbst nicht zu vermuthen, daß der Code de pr. hier etwas abzuändern beabsichtigt haben sollte. Aus diesen Gründen halte ich denn auch dafür: daß auch in Westphalen der Wechsel-Arrest gegen siebenzigjährige Schuldner anzuwenden sey. 16) Da

„L'exercice des droits de citoyen français est suspendu par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat, détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli." Droit public français, ou Code politique, p. 85. (Paris, 1809. 8°.) Gesetz vom 21. Vendem. Jahr III. im recueil des lois publ. dans les Départ. hanséat. T. I. p. 18.

15) Diese Verbindlichkeiten sind eine natürliche Folge der Rechte die ihm als Kaufmann zustehen. Daher sind auch Frauenzimmer, welche öffentliche Handlung treiben, nach französischen Rechten, allen Verbindlichkeiten der Kaufleute unterworfen; dahingegen der Art. 113. Code de com. ausdrücklich vorschreibt: „La signature des femmes et des filles non négociantes ou marchandes publiques sur lettres de change ne vaut que simple promesse." — Vergl. v. Martens Grundriß des Handelsrechts (2 Aufl. 1805.) § 12.

16) „Il ne faut pas s'étonner que la loi ne rende pas commune aux septuagénaires qui ont signé des lettres ou billets de change, la faveur de l'exception qu'elle accorde aux septuagénaires . . .: c'est que le législateur a cru devoir se montrer plus sevère en matière de commerce, qu'en matière civile, proprement dite." Merlin, quest. de droit. l. c. T. III. p. 44.

ein Fall dieser Art bei dem hiesigen Appellations-Hofe noch nicht vorgekommen ist, und es nicht uninteressant seyn kann, auch die entgegengesetzte Meinung, die allerdings auch vieles für sich hat, zu hören, so theile ich nicht nur das Erkenntniß des Cassations-Hofes zu Paris, vom 10. Jun. 1807., wodurch die Jurisprudenz in Frankreich über diesen Fall wahrscheinlich fixirt ist, sondern auch die beiden von einander abweichenden Erkenntnisse des Appellations-Hofes zu Paris am Ende dieser Abhandlung (in den Beilagen A. B. C.) mit. [17])

Gänzlich von obiger Frage abweichend ist die folgende:

Kann eine Person, welche mit einer solchen Krankheit behaftet ist, daß ihr Arrest lebensgefährliche Folgen haben könnte, in Civil- oder Handels-Sachen mit Personal-Arrest belegt werden?

Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht, weil sie bereits von dem ältesten der Gesetze, dem der Menschlichkeit, beantwortet wurde. Naturalia jura jus civile corrumpere nequit.

Sie beantwortet diese Frage eben so wenig als die: ob ein Sohn seinen Vater, einer

17) Vergl. Pothier, traité du contract de change, (édit. citée.) S. 78. Wo jedoch die Lehre von dem Personal-Arreste in Wechsel-Sachen nur oberflächlich behandelt ist.

Schuld wegen, verhaften lassen könne. [18]) Das Gesetz ward für Menschen geschrieben. Konnte es vermuthen, daß es Personen geben würde, welche, sich auf den Buchstaben des Gesetzes stützend, [19]) einer Schuld wegen größere Sicherheit zu haben, ihren Nebenmenschen einem wahrscheinlichen Tode preißzugeben die Absicht haben könnten? Dies vermuthete das Gesetz nicht: [20]) es überließ es vielmehr dem Richter, wenn jene

---

18) Auch Frauen können ihre Ehemänner nicht verhaften lassen. Merlin, répert. s. v. contrainte par corps. T. III. p. 62.

19) Cicero de offic. L. I. c. 10. „Existunt etiam saepe injuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud: summum jus, summa injuria, factum est jam tritum sermone proverbium."

20) Man hätte sonst glauben können, in die Zeiten der XII Tafeln zurückgesetzt zu seyn, welche bekanntlich, nach der Auslegung des Aulus Gellius, (L. XX. c. 1.) mehreren Gläubigern erlaubten, ihren gemeinschaftlichen, zahlungsunfähigen Schuldner in Stücken zu zerschneiden, und sich in seinen Körper, sine fraude, zu theilen. Eine Vorschrift dessen buchstäbliche Befolgung, unter einem Volke, welches zahlungsunfähige Schuldner zu tödten berechtigte, man mag dagegen sagen was man will, nicht ganz unwahrscheinlich ist. Kannte man doch in Deutschland, im Mittelalter, ein ähnliches Institut, indem man die böslichen Ansetzer (malitiosi decoctores) ihren Gläubigern zu Hand und Halfter überantwortete, welche Halftergebung man die Ueberantwortung bei den Geren nannte. S. Haltaus, glossar. germ. med. aevi. s. v. Geren. Kopp, ausführliche Nachricht v. d. ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civil-Gerichte in den Fürstlichen Hessen-Casselschen Ländern. Thl. I. S. 47. u. 489. — Köchy, Medit. 1 Thl. S. 2.

empörende Frage sein Ohr beleidigen sollte, sie nach den ewigen Grundsätzen des Naturrechts zu entscheiden. Hier bedurfte es des positiven Rechtes nicht, um Ausnahmen von der Regel festzusetzen. — Wo wäre sonst auch hier die Gränze? — Dürfte selbst ein in den letzten Zügen liegender Sterbender, einer Wechselschuld wegen, in den Kerker geschleppt werden? —

Der hiesige Appellations-Hof hat Gelegenheit gehabt jene nicht zu vermuthende Frage beantworten zu müssen.

Der Holzhändler H** zu Magdeburg war von dem Tribunale zu Magdeburg durch ein Erkenntniß, d. d. 15ten Febr. 1811., bei Vermeidung der persönlichen Verhaftnehmung, verurtheilt, dem Banquier Emanuel Ezechiel zu Brandenburg ein Capital von 3000 Rthlr. Gold zu bezahlen. Der Schuldner konnte seiner Verpflichtung nicht Genüge leisten, und es wurde daher zu dessen persönlichen Verhaftnehmung geschritten. Nach Ausweisung des Protocolls des Huissiers verfiel der Schuldner „in dem Augenblicke des Verhaftens in einen Zustand von Epilepsie, der ihn wie todt zur Erde warf; er wurde von den Zeugen aufgenommen, auf einen Sopha gelegt, und darauf mit dem weitern Verfahren eingehalten."

Auf den Vortrag des Procurators des Schuldners, und auf den Grund des gedachten Protocolls des Huissiers, erwirkte jener, in einer Audienz

im schleunigsten Verfahren, folgende Präsidial-Ordonnanz des Tribunals zu Magdeburg:

„Der unterschriebene Tribunal-Richter, in Auftrag des Präsidii:

In Erwägung,

daß nach dem Gutachten des Medicinalraths Dr. Jüngken die Vollziehung der Wechsel-Execution durch persönliche Verhaftung an den Provocanten ohne Lebensgefahr für denselben nicht vollstreckt werden kann, mit diesem Gutachten auch das Protocoll des Huissier Watke vom 11ten d. zusammenstimmt, nach welchem der Provocant, als er verhaftet werden sollen, in einen Zustand der Epilepsie verfallen, der ihn wie todt zur Erde niedergeworfen,

In Erwägung ferner,

daß der Nachtheil, den Provocat, durch den Aufschub der Execution durch persönliche Verhaftung, leiden kann, mit dem Nachtheile, der für den Provocanten bei der Vollziehung unter den jetzigen Umständen zu besorgen ist, in keinem Verhältnisse steht, und für letzteren unersetzlich seyn würde, wogegen den Provocaten immer noch die Vollziehung der Wechsel-Execution in das Vermögen des Provocanten frei steht;

In Erwägung ferner,

daß der jetzt alternative gemachte Antrag des Provocaten, wenigstens die Observation des Provocanten durch einen Huissier nachzulassen, theils einen

ganz neuen Antrag involvirt, theils auch in dem vorbemerkten ärztlichen Atteste mit bemerkt worden ist, daß auch die geringste Alteration dem Provocanten in seinem jetzigen Zustande verderblich seyn könne, Provocaten auch nicht einmahl eine Vermuthung dargethan haben, daß Provocant sich auf flüchtigen Fuß setzen werde;

In Betracht endlich,

daß sowohl bei dem Wechsel-Contracte selbst, als bei dem Erkenntniß, wodurch der Provocat zur Vollziehung der Wechsel-Execution durch persönliche Verhaftung autorisirt worden, nothwendig die Voraussetzung angenommen werden muß, daß sich bei Vollziehung der persönlichen Verhaftung kein Hinderniß findet, wodurch dieselbe mit Lebensgefahr für den zu Verhaftenden verbunden ist,

Erkennt:

daß, nach dem Antrage des Provocanten, mit der gegen ihn von dem Provocaten nachgesuchten persönlichen Verhaftung so lange Anstand zu nehmen, bis solche ohne zu besorgende Lebensgefahr an dem Provocanten vollstreckt werden kann; die Kosten dieses Verfahrens aber dem Provocaten zur Last zu legen.

Der Appellant trug hiergegen vorzüglich vor:

Es sey hier von der Vollziehung einer rechtskräftigen Sentenz die Rede, welcher der Richter aus anscheinenden Billigkeits-Gründen keine Hin-

derniſſe in den Weg zu legen berechtigt ſey. Die Wechſel-Verbindlichkeit ſey zwar ſtrenge, aber Appellat habe dieſe Strenge und ſeinen Geſundheits-Zuſtand gekannt, und habe alſo bei Eingehung jener Verbindlichkeit überlegen müſſen, ob der letztere von der Beſchaffenheit ſey, daß er, im Nichterfüllungs-Falle, die erſtere zu ertragen vermöge. Nicht ſein Gläubiger habe ihn, er ſelbſt habe ſich in die gegenwärtige Lage geſtürzt, und alſo nur ſich anzuklagen. Es müſſe jetzt der Grundſatz: fiat justitia et pereat mundus angewendet werden, denn keines der beſtehenden Wechſelrechte enthielte die Vorſchrift, daß Krankheit vom Wechſel-Arreſte befreien könne, namentlich ſey eine ſolche Ausnahme in der hier zur Anwendung kommenden preußiſchen Geſetzgebung nicht enthalten. Es ſey in England nicht ungewöhnlich, daß Schuldner in Porte-Chaiſen und Betten in die Schuldgefängniſſe geführet würden. Auf ſolche Art könne auch Appellat im Nothfalle, und ſelbſt während ſeines Paroxismus, wenn ſich derſelbe bei der Verhaftung einſtellen ſollte, transportirt werden. Im Gefängniſſe ſelbſt würde ſich Appellat, ſo gut als in ſeinem Hauſe, erholen können, da es bei ihm ſtünde, ſich in demſelben alle mögliche Bequemlichkeiten zu verſchaffen. Wollte man, gegen dieſe Grundſätze, einer eingebildeten Billigkeit Gehör geben: ſo würde man dadurch gegen den Appellaten ungerecht ſeyn, indem man ihm ein Executions-Mit-

tel versagte, wozu er durch den mit Appellaten eingegangenen Vertrag und die Gesetze berechtigt sey. Er bäte also um Aufhebung der Ordonnanz des Richters 1ster Inst. und um die Verordnung, daß die Wechsel-Execution, der Krankheit des Appellaten ungeachtet, vollstreckt werden könne.

Der Appellations-Hof adoptirte jedoch die Conclusionen des H. Blumenbach, Proc.-Gen.-Subst., und ertheilte (am 1sten Jun. 1811.) folgendes

Urtheil.

Nach Ansicht der Ausfertigung einer von dem Präsidio des Tribunals zu Magdeburg am 12ten März 1811. erlassenen Ordonnanz im schleunigsten Verfahren, — der, in authentischer Form beigebrachten, dem Appellaten ertheilten Krankheits-Atteste der Doctoren der Medicin Jungken, Roloff und Jung, d. d. Magdeburg, den 8ten März 1811. und des Doctoris Roloff, vom 20sten April 1811.,

Der Art. 2066. und 2070. des C. N., des 3ten Art. des k. Decrets vom 21. Sept. 1808.,

Des 45sten § des Tit. XXVII. der allgem. Gerichts-Ord. für die preuß. Staaten;

In Erwägung, daß zwar keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß in dieser, die Bezahlung eines Wechsels betreffenden Sache, die dem C. N. vorhergegangene preußische Gesetzgebung zur An-

wendung kömmt, indem das Gesetzbuch Napoleons über Wechsel-Sachen, als eine dem Handels-Coder reservirte Materie, keine Verfügungen enthält und mithin die in derselben bestehende alte Gesetzgebung bei Kräften läßt;

In Erwägung, daß jedoch die Art und Weise einer in Wechselsachen vorzunehmenden Verhaftung, als zur Execution eines Erkenntnisses gehörig, eine von der Hauptsache selbst gänzlich verschiedene Procedur ausmacht, welche sowol nach Maasgabe der ausdrücklichen Vorschriften, als nach dem Geiste der neuen Legislation zu veranstalten und zu beurtheilen;

In Erwägung, daß der 2066ste Artikel des C. N., indem er 70jährige Personen in der Regel von der Verhaftung befreit (wenn auch gleich dieser Art. nach dem 2070sten Art. in Handelssachen, wenn die bestehenden Commercial-Gesetze ein anderes verordnen sollten, nicht zur Anwendung kömmt), hinlänglich zu erkennen giebt, welches auch ausdrücklich von den Rednern der französischen Regierung bei der Entwicklung der Motive des Gesetzes geschah, daß bei der Verhaftung in Civil-Sachen stets die Gesetze der Moral und Humanität zu beobachten;

In Erwägung, daß nicht nur durch die angeführten und die dem Richter 1ster Instanz producirten ärzlichen Attestationen documentiret worden, daß die Vollziehung der Wechsel-Execution, durch persönliche Verhaftung an den Appellanten, nicht

ohne Lebensgefahr für denselben vollstreckt werden kann, und daß die Wahrheit dieses Zeugnisses sich dergestalt durch den Erfolg bekundet hat, daß, nach dem Protocolle des exequirenden Huissiers, der Appellat, als derselbe in persönlichen Haft gebracht werden sollte, in einen epileptischen Zustand gefallen, welcher ihn wie todt zur Erde geworfen;

In Erwägung, daß es eben so sehr gegen die Gesetze der Moral und Humanität, als gegen den Geist des Gesetzbuchs Napoleons anstoßen würde, unter diesen Umständen, eine persönliche Verhaftung des Appellaten verlangen zu wollen, welche ihn, einer bürgerlichen Sicherheit wegen, einem fast gewissen Tode aussetzen würde, und daß, wenn gleich sich jemand durch einen Wechselcontract zu dem Verluste seiner persönlichen Freiheit, im Fall er seine Verpflichtungen nicht erfüllen sollte, er sich nicht zu einer Aufopferung des Lebens verpflichten kann und darf;

Erkennt:

daß von dem judice a quo, durch dessen Ordonnanz vom 12ten März 1811, recht gesprochen, übel aber appellirt, und daher solche zu bestätigen, Appellant aber in sämmtliche Kosten zu verurtheilen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präs., v. Zesterfleth, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellat.-Richter.

A.

Gründe des Urtheils des Appellations-Hofes zu Paris vom 18ten April 1807, wodurch erkannt wurde, daß in Handelssachen die Verhaftung Siebenzigjähriger nicht Statt finde.

Nach Ansicht des Art. 800 §. 5 des Code de proc. und des Geburtsscheines des H. Romberg u. s. w.

In Erwägung, daß der Code de proc., welcher nach dem C. N. publiciret worden, die Frage, welche der letztere unentschieden gelassen, beantwortet hat; daß jener eben so gut als dieser ein allgemeines Gesetz ist, und daß sich seine Verordnungen sowohl über Handels- als andere Sachen erstrecken;

In Erwägung, daß das 2te Buch des ersten Theils einen Titel, mit der Ueberschrift: Verfahren vor den Handels-Gerichten, enthält, welcher das vor diesen Gerichten zu beobachtende Verfahren bestimmt, und daß das 5te Buch eben dieses Theiles, welches die Ueberschrift: von der Vollstreckung der Urtheile führt, und in welchem der 15te Titel von den Verhaftungen mit Recht begriffen ist (indem die Verhaftungen ohne alles Bedenken ein Executions-Mittel sind), in allgemeinen die Art und Weise der Vollstreckung der Urtheile, sie mögen nun durch die gewöhnlichen oder andere Gerichte erlassen seyn, verordnet u. s. w.

B.

Gründe des Urtheils des Appellations-Hofes zu Paris, d. d. 8ten Mai 1807, wodurch erkannt wurde, daß in Handelssachen die Verhaftung Siebzigjähriger Statt finde.

In Erwägung, daß der C. N., nach geschehener Bestimmung, in welchen Fällen der Personal-Arrest in Civil-Sachen Statt findet, im Art. 2070 wörtlich entscheidet, daß dadurch die besondern Gesetze, welche die persönliche Verhaftung in Handels- oder Corrections-Sachen u. s. w. bestimmen, nicht abgeändert sein sollen, daß aus diesen Verordnungen folgt, daß wenn der Art. 2066 desselben Titels Siebenzigjährige von der persönlichen Verhaftung befreiet, diese Ausnahme lediglich in eigentlichen Civil-Sachen, nicht aber in Handels- oder Stellionat-Sachen angewendet werden kann, welche durch die Art. 2066 und 2070 C. N. ausdrücklich ausgenommen sind;

In Erwägung, daß da der Code de proc. die Gesetze, welche den' Personal-Arrest in Handelssachen autorisiren, nicht abgeändert hat, hieraus folgt, daß die Verordnung des Art. 2070 C. N. noch stets bei Kräften ist, und ihre Vollziehung erhalten muß u. s. w.

C.

Erkenntniß des Cassations-Hofes zu Paris, d. d. 10ten Jun. 1807, wodurch dies letztere Erkenntniß bestätiget wurde.

In Erwägung, daß das Gesetz vom 15ten Germinal VI, welches den Personal-Arrest wiederum einführt, davon die Siebenzigjährigen lediglich in Civil-Sachen, und nicht in Handels-Sachen, befreit;

Daß dieses Gesetz durch den Art. 2070 des C. N. beibehalten ist, und daß der Art. 800 Code de proc. keine Derogation des Art. 2070 C. N. enthält, daß er also in seinem Verhältnisse zu den vorhergehenden nicht abgeschafften Gesetzen verstanden werden muß;

Verwirft der Gerichtshof u. s. w.

(Section der Requeten).

XXVIII.

Wirkung der Proceß = Ordnung als Ergänzung des bürgerlichen Gesetzbuchs. — Personal = Arrest.

Dürfen diejenigen Verfügungen der Proceß=Ordnung, welche keinen Bezug auf die Instructions=Form haben, sondern als Ergänzungen des bürgerlichen Gesetzbuchs anzusehen sind, bei solchen Sachen angewendet werden, bei denen die neuen Proceß=Gesetze nicht zur Anwendung kommen dürfen [1]).

Die Proceßordnung enthält nicht allein solche Verfügungen, welche sich auf die Art und Weise die Streitsachen vor Gericht zu verhandeln bezie=

1) Der Text dieser Abhandlung ist von mir aus den Questions transitoires sur le C. N. par Chabot (de l'Allier) p. 70. entlehnt. Gegen die Regel, in dieser Sammlung nur eigne Original=Aufsätze aufzunehmen, werde ich nur dann mir eine Ausnahme erlauben, wenn mir der Aufsatz eines französischen Rechtsgelehrten, wie hier der Fall ist, Gelegenheit zu solchen Bemerkungen giebt, welche so am füglichsten mitgetheilt werden konnten. Ueberdem werde ich in dergleichen seltenen Fällen die in Uebersetzungen mitgetheilten Abhandlungen französischer Rechtsgelehrten stets aus solchen Werken entlehnen, welche der Mehrheit des deutschen juristischen Publicums

hen, sondern auch mehrere legislative Grundsätze, die man als eine Ergänzung der bürgerlichen Gesetze, aus denen der Codex Napoleons besteht, ansehen kann.

Hieher gehören, z. B., die Vorschriften des 581sten Art. der Proceß-Ordnung (Art. 524. Pr. Ord. Westph.), wodurch verordnet ist: „daß dem Arrest nicht unterworfen seyn sollen: 1) gerichtlich zuerkannte Unterhalts-Summen; 2) Gelder und andere Gegenstände, in Ansehung deren ein Testator oder Schenker bestimmt hat, daß sie nicht mit Arrest belegt werden können, sofern dieselben nicht unter dem seiner Verfügung entzogenen Pflichttheile, oder dem gesetzlichen Vorbehalte, begriffen sind; 3) Unterhaltssummen und Jahrgehalte, wenn sie gleich nicht in dem Testamente oder der Schenkungsurkunde vom Arreste frei gesprochen wurden"; desgleichen die Vorschriften des Art. 834 (Art. 765 des Projects der Westph. Pr. Ord. Im Gesetze selbst ist dieser Art. nicht enthalten): „Die Gläubiger, welchen, vermöge der Art. 2123, 2127 und 2128 C. N., eine Hypothek zusteht, die es aber versäumt haben, ihre Forderungen, vor der erfolgten Veräußerung der zur Hypothek

unbekannt bleiben. Unrecht scheint es mir, wenn in sonst schätzbaren periodischen juristischen Schriften, wie der Fall ist, nicht nur allbekannte Aufsätze anderer Gelehrten, sondern sogar ganze Gesetzbücher, welche man in jedem Buchladen kaufen kann, abgedruckt werden.

dienenden Grundstücke, eintragen zu lassen, können nur dann auf die Versteigerung antragen, wenn sie darthun, daß sie noch nach der geschehenen Eigenthums-Uebertragung, und zwar spätstens innerhalb vierzehn Tagen, seit der Einschreibung der hierüber verfaßten Urkunde, die Eintragung ihrer Hypotheken bewirkt haben." — Beide Vorschriften haben unstreitig nicht den geringsten Bezug auf die Form, nach welchen Rechtssachen zu instruiren sind, sondern sie gehören gänzlich zu dem Gebiete der materiellen Gesetzgebung [2]).

Eine große Menge ähnlicher Vorschriften könnten noch angeführet werden, es wird aber hinlänglich seyn, nur annoch eine Bemerkung zu machen, in Beziehung auf welche ein Erkenntniß des Cassations-Hofes Statt gehabt hat, wodurch die aufgeworfene Frage entschieden wurde.

In einem Rechtsstreite, welcher lange Zeit vor dem 1sten Januar 1807 [3]) seinen Anfang ge-

---

2) Vergl. Sirey, jurisp. de la cour de cass. 1811. I. cah. 7. p. 217., woselbst eine gründliche Beantwortung der Frage enthalten, ob bei der Bestimmung der Appellations-Befugniß gegen ein interlocutorisches, unter den alten Proceß-Gesetzen abgegebenes, Erkenntniß, diese alten Gesetze oder der neue Code de proc. zur Norm zu nehmen? — Beantwortet durch ein Erkenntn. des Cassations-Hofes, d. d. 1sten Mai 1811., daß das neue Gesetz hierbei anzuwenden.

3) Diesem Zeitpuncte correspondirt in den altwestphälischen Departementen, nach Maasgabe des Art. 418. Pr. Ord., der 1ste März 1809, und in den ehemahligen Hannoverschen

habt hatte, machte H. Pradelle vor dem Appellations-Hofe zu Grenoble dahin einen neuen Antrag, daß sein Gegner, H. Roustan, außer zu dem, worauf bereits in erster Instanz angetragen war, zu der Bezahlung der fraglichen 20,000 Fr. Schadens-Ersatz, bei Vermeidung des Personal-Arrestes, verurtheilt werden möge.

Da durch ein Urtheil vom 14ten März 1807 wirklich auf die Bezahlung von 1500 Fr. Schadens-Ersatz, bei Vermeidung des Personal-Arrestes erkannt ward, so nahm H. Roustan dagegen die Cassation zur Hand, wobei er sich folgender Rechtfertigungs-Gründe bediente.

„Der Art. 2060 C. N. bestimmt die einzigen Fälle, in welchen es den Gerichten erlaubt ist, den Personal-Arrest in Civil-Sachen zu erkennen. Unter diese Fälle ist der von den Gerichten zuerkannte Schadens-Ersatz nicht mit aufgeführt.

Der 2063ste Art. verbiethet den Richtern, bei Strafe der Nichtigkeit, den persönlichen Arrest, außer den, in den vorhergehenden Artikeln bestimmten Fällen, zu erkennen.

Es läßt sich nun zwar nicht leugnen, daß die neue Proceß-Ordnung, im 126sten Art. (Art. 82 Pr. Ord. Westph.), es dem Ermessen der Richter

---

Provinzen der 1ste Sept. 1810., nach dem königl. Decr. vom 7ten Aug. 1810.

überläßt, darauf zu erkennen, „wenn es auf eine (wegen Unterlassung einer versprochenen Handlung) [4]) in Civil-Sachen Statt fin-

---

4) Die Parenthesis ist Zusatz der westph. Pr. Ord. — Ich muß gestehen, daß ich den Grund nicht finde, warum der Personal-Arrest nicht mit eben dem Rechte sollte erkannt werden können, wenn die Verpflichtung zum Schadens-Ersatze aus einer widerrechtlichen Handlung, die deshalb noch nicht correctionneller Natur zu seyn braucht, herrühren sollte. Aus welchem Grunde könnte eine solche Forderung weniger Begünstigung verdienen? — Ich finde keinen, und halte vielmehr dafür, daß sie auf mehr Begünstigung Anspruch machen kann, da sie einen bestimmtern Vorsatz, von Seiten des Beklagten, voraussetzt. Mit Recht sagen daher die V. V. des Praticien fr., T. I. p. 393., „Toute inexécution d'un fait, tout préjudice porté (Damnum latum, ord. de 1539. art. 89.) se réduit au civil à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à une somme pécuniaire qui balance la perte, résultant de ce préjudice, ou de cette inexécution;" und in Hinsicht dieses zuerkannten Schadens-Ersatzes kann der Richter, nach Befinden der Umstände, den Personal-Arrest verordnen. Diese Grundsätze sind durch ein Erkenntniß des französischen Cassations-Gerichts, d. d. 24. Floreal 12., als richtig anerkannt. — So findet man auch, z. B., T. IV. p. 80. seq. der Jurispr. fr. ein Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Besançon, d. d. 4 Pluviose 13., wodurch einem Ehemanne ein Schadens-Ersatz von 300 Fr. gegen die Verwandten seiner Ehefrau zuerkannt ward, weil diese, auf eine ungerechte Art, auf die Interdiction seiner Gattinn angetragen und deren Effecten unter Siegel hatten legen lassen. Warum sollte, den Umständen nach, wenn diese Summe sich über 300 Fr. belaufen hätte, die Bezahlung derselben nicht eben so gut bei Vermeidung des Personal-Arrestes haben verordnet werden können, als wenn die Verpflichtung zur Bezahlung aus der Nichterfüllung einer versprochenen

dende, die Summe von 300 Fr. übersteigende Schadloshaltung ankömmt"; aber diese Verordnung vermag nicht auf den vorliegenden Fall angewendet zu werden.

Schon seit dem 22sten September 1806 war die Sache vor dem Appellations-Hofe rechtsgängig; aber nach Maasgabe des Art. 1041 der Pr. Ord. (Art. 418. Pr. Ord. Westph.), soll dieses Gesetz erst vom 1sten Januar 1807 angerechnet verbindende Kraft haben, und nur diejenigen Processe, welche nach dieser Zeit angestellt wurden, dürfen nach seinen Vorschriften instruirt werden. Nachdem einige Zweifel über den Sinn dieses letztern Art. entstanden waren, wurden solche durch das Gutachten des Staatsraths vom 6ten Januar 1807 5) gehoben, worin bestimmt enthalten ist,

---

Handlung herrührte? Verdiente es etwan mehr Entschuldigung, jemanden ungerechter Weise mit einem Interdictions-Processe gekränkt und seine Sachen versiegeln lassen zu haben, als wenn die versprochene Ablieferung von Waaren u. s. w. versäumt, und daraus jene Forderung erwachsen wäre? — Ich glaube gerade umgekehrt. — Dies sind die Gründe, weswegen ich den Zusatz unserer Pr. Ord. für nicht zweckmäßig halte, und darauf antragen möchte, ihn in einem codice repetitae praelectionis auszulassen.

5) Dieses Staatsraths-Gutachten findet man im Supplément du Cod. Nap. par Rondonneau, p. 208. In Westphalen sind noch genauere Bestimmungen über diesen Gegenstand in dem k. Decrete vom 13ten Dec. 1810. enthalten. So sehr ich im Ganzen die große Zweckmäßigkeit dieses k. Decrets einsehe, und so sehr dasselbe der französischen Jurispru-

daß die Appellationen, welche vor dem 1sten desselben Monats eingelegt wurden, nicht nach der Vor-

---

denz gemäß ist: so bekenne ich doch freimüthig, daß, da unsere ehemahlige und die neue Instructions-Form so himmelweit von einander unterschieden sind (welches in Frankreich nicht der Fall war), die Execution der Art. 5 und 6. dieses königl. Decrets mir oft bedeutenden Schwierigkeiten unterworfen zu seyn scheint. (Es lauten diese Art.: [5.] „Vom 1sten Feb. 1811. angerechnet, soll die Instruction der Appellationen, welche in den alten Sachen bei unsern Appellations-Höfen anhängig sind, nach den Regeln des neuen Verfahrens geschehen, wenn kein anderes Acten-Stück als die Deductions- oder Beschwerden-Schrift gegen das Erkenntniß beigebracht worden. [6.] Die Acten-Hefte von den Gerichten erster Instanz sollen bei der Instruction und den Entscheidungen in der Appellations-Instanz nach wie vor benutzt werden.“) — In Frankreich hat diese Praxis nicht die geringste Schwierigkeit, da das alte Verfahren nur in unwesentlichen Puncten von dem neuen abweicht. Wie aber, wenn, wie in Westphalen oft der Fall ist, die Acten der frühern Instanzen in 10 bis 20 Acten-Bänden bestehen, und diese, nach Maasgabe des 7ten Art. des gedachten k. Decrets an den Appellations-Hof gelangen? — Wie ist da eine Behandlung nach dem neuen Processe mit der Befolgung des 6ten Art. zu vereinigen? — Ich halte dafür (in dem vorausgesetzten Falle, der bedeutenden Weitläuftigkeit der Acten der frühern Instanzen) am füglichsten auf nachfolgende Weise: In einer anzusetzenden Audienz tragen beide Theile das Nöthige aus den Acten vor. Nachdem dieses geschehen, erkennt das Gericht auf Relation, und verordnet einen Referenten; oder setzt wenigstens die Eröffnung der Sentenz auf einen andern Tag aus, und unterrichtet sich unterdeß, aus einem von dem Präsidenten oder einem beauftragten Richter im Berathschlagungs-Zimmer gehaltenen Vortrage, gründlicher aus den Acten, als aus den Vorträgen der Parteien geschehen konnte. In beiden Fällen wird jedoch die auf Anhörung der Plaidoirien verwendete Zeit so ziemlich für verlohren

schrift der neuen Proceß-Ordnung instruirt werden sollen.“

---

geachtet werden können. — Bei kleinern Sachen herrscht bei dem hiesigen Appellations-Hofe die Observanz, daß die Acten, vor der Plaidoirie von einem Mitgliede des Gerichts genau gelesen werden, welches denn, nach gehaltenen Plaidoirien, in dem Berathschlagungs-Zimmer dem Gerichte aus den Acten dasjenige bemerkt, welches von den Parteien entweder nicht vollständig oder auf eine davon abweichende Weise vorgetragen ist, worauf denn, noch in derselben Audienz, das Erkenntniß ausgesprochen wird.

Vielleicht wäre es nicht unzweckmäßig gewesen, wenn bei den in den frühern Instanzen nach dem alten Processe instruirten Sachen vor den Appellations-Höfen ein Verfahren angenommen wäre, welches Aehnlichkeit mit dem französischen Cassations-Proceß gehabt hätte. Es ist dieser folgendermaßen in dem Gesetze vom 2ten Brumaire, IV., in Betreff der Organisation des Cassations-Hofes, bestimmt. (Recueil des lois pour les départ. hanséat. T. I. p. 18 seq.) Art. 18. „Il ne pourra, en matière civile, y avoir plus de deux mémoires de la part de chaque partie, compris en ce nombre la requête introductive.“ (Hier würde ein Memoire von jeder Seite in der Appellations-Instanz hinlänglich seyn.) (19.) „Dans toutes les sections du tribunal de cassation, les affaires seront jugées sur rapport fait publiquement par l'un des juges, lequel n'énoncera son opinion qu'au même temps que ses collègues, et dans la même forme.“ (21.) „En toute affaire les parties peuvent par elles-mêmes, ou par leur défenseurs, plaider ou faire des observations pertinentes; les plaidoiries suiveront le rapport, en suite le ministère public fera ses réquisitions; après quoi les juges procéderont au jugement en la forme indiquée par la loi.“

Uebrigens war es unstreitig im höchsten Grade zweckmäßig, daß durch das angeführte königl. Decret die Appellations-Fatalien auch für die alten Processe gleichförmig gemacht wurden: denn was konnte unangenehmer und unzweckmäßi-

Diese Gründe, und das Cassations-Gesuch des H. Rustan, sind aber durch ein Erkenntniß vom 12ten August 1807, auf den Vortrag des H. Cochard verworfen worden.

Urtheil.

Der Cassations-Hof:

In Erwägung, daß der 1041ste Art. der Pr. Ord., welcher vorschreibt, daß dieses Gesetz erst vom 11ten Januar 1807 angerechnet verbindende Kraft haben soll, lediglich von denjenigen Verordnungen desselben verstanden werden muß, welche Bezug auf die Instructions-Form des Processes haben, und nicht auf die andern legislativen Vorschriften, welche darin enthalten sind;

Daß es um so weniger möglich ist, diese Wahrheit in Zweifel zu ziehen, da das Gutachten des Staatsraths vom 6ten Januar 1807 lediglich von der Instruction des bürgerlichen Processes redet, und nur die Beibehaltung der alten Form in denjenigen Rechtsstreiten vorschreibt, welche vor dem 1sten Januar 1807 ihren Anfang genommen haben, woraus abzunehmen ist, daß je-

---

ger seyn, als wenn man zur Prüfung derselben ein Dutzend verschiedener Proceß-Ordnungen zur Hand haben, und sogar alte Hofgerichts-Diäten, den Calender in der Hand, berücksichtigen mußte!

ner Artikel lediglich die Instructions-Formen berücksichtigte, und daß sich seine Verordnung lediglich auf diese erstrecke;

In Erwägung, daß, im vorliegenden Falle, die Verurtheilung des H. Roustan zu 15000 Fr. Schadens-Ersatz, bei Vermeidung der persönlichen Haft, keinen Bezug auf die Instruction des vor dem Appellations-Hofe zu Grenoble beendigten Processes hat, sondern daß sie im Gegentheil die unter den Parteien streitige Sache selbst betrifft, woraus denn folgt, daß der genannte Appellations-Hof, indem er jene Verurtheilung aussprach, nicht nur dem 1041sten Art. der Proceß-Ord. 6) nicht entgegen handelte, sondern, im Ge-

6) Auch der Art. 418. der Pr. Ord. redet lediglich von dem in diesem Gesetze vorgeschriebenen Verfahren, daher denn auch die übrigen in demselben enthaltenen legislativen Dispositionen eine uneingeschränkte Anwendung finden. Diese Grundsätze vor Augen habend, erkannte das k. Tribunal zu Einbeck im Jahre 1809., in einer auf alte Weise instruirten Sache, wegen Rechnungs-Rückstand bei einer Vormundschaft (Art. 82. No. 2.), auf die Verhaftung des Vormundes, und mir ist nicht bekannt geworden, daß dieses Erkenntniß im Appellatorio reformirt sey. Auch wandte eben dieses Gericht den Art. 541. Pr. Ord., welcher auf eine so menschliche Weise die Gegenstände bestimmt, die der Auspfändung nicht unterworfen sind, in Sachen, welche nach dem alten Processe instruirt waren, an. Beides gewiß mit Recht: da jene Verordnungen nicht zur formellen, sondern zur materiellen Gesetzgebung gehören, und nur der formelle Theil der Pr. Ord. (die Verordnungen über das Verfahren) in seiner Wirkung ausgesetzt war, diese Aussetzung nicht aber auf

gentheile, eine richtige Anwendung von dem 126sten Art. gemacht hat, wodurch er die Berechtigung erhielt, so zu erkennen, wie geschehen ist:

Verwirft u. s. w.

---

die übrigen Verfügungen des Gesetzes ausgedehnt werden konnte.

XXIX.

Vaterschaft. — Alimente der natürlichen Kinder. — Bemerkungen über das Verbot der Untersuchung der Vaterschaft.

Findet eine Untersuchung der Vaterschaft in Hinsicht solcher natürlichen Kinder Statt, welche vor der Verkündigung des Gesetzbuchs Napoleons geboren wurden?

Hat ein vor der Einführung des Gesetzbuchs Napoleons, ohne die hierin vorgeschriebenen Formen, anerkanntes natürliches Kind Rechte auf Alimente, oder auf dasjenige, welches ihm von dem anerkennenden Vater versprochen worden? [1]).

Können einem natürlichen Kinde Alimente und der Mutter Entschädigung in einer Privat-Urkunde gültig (nach dem C. N.) versprochen werden?

1.

Von mehrern, sowohl französischen, als deutschen Schriftstellern, wie auch eben so kräftig durch die

---

1) „Les pères et les mères ont envers leurs enfans naturels des devoirs d'autant plus grands, qu'ils ont à se reprocher leur infortune. La loi a seulement été ob-

französische und westphälische Jurisprudenz, ist das Axiom hinlänglich begründet:

daß die Vorschrift des Art. 340. C. N., „die „Nachforschung, wer Vater eines „Kindes sey, ist verboten", als ein förmlich verbietendes Gesetz, auch auf die Nachforschung solcher Vaterschaften seinen Einfluß äußern müsse, von welchen behauptet wird, daß sie vor der Einführung dieses neuen Gesetzes Statt hatten [2]).

---

ligée de poser des bornes au-delà desquelles l'institution du mariage seroit compromise." (Exposé des motifs).

2) Vergl. Chabot (de l'Allier) Jurisprudence transitoire, art. Enfans naturels, Jurisprud. du C. N., T. I. p. 333., T. II. p. 473., T. VIII. p. 166., T. IX. p. 84. T. X. p. 357. — Spangenbergs Commentar über den Code Nap. ad art. 340 und die in der Note 7 angeführten Schriftsteller. — Dabelow's Archiv für den C. N., I. St. p. 83., II. St. p. 180., III. St. 276., IV. St. 386. — Weber, über Rückanwendung der Gesetze, S. 37 u. S. 79 ff. — Pfeiffer's Rechtsfälle, entsch. n. d. G. R., Th. I. S. 89 u. 491 ff. — Vorzüglich Lassaulx, Annalen, I. B. 3s Heft, S. 266 und das daselbst angeführte Erkenntniß des Cassations-Hofes zu Paris, d. d. 26sten März 1806, worin es unter andern heißt:

„In Betracht, daß es aus dem Gesetze vom 12ten Brumaire II (art. 340. C. N.) erhellet, daß von der Verkündigung dieses Gesetzes an, jede Erforschung einer nicht anerkannten Vaterschaft verboten war, und zwar nicht allein in Hinsicht auf Erbrechte, sondern auch in Hinsicht auf Alimentation für das Kind, auf Kindbettskosten und Entschädigung für die Mutter, aus der Ursache, weil die Paternität untheilbar ist, und ein Mann nicht zugleich in

Obgleich die Erkenntnisse mehrerer Districts-Gerichte Westphalens beweisen, daß man sich (ungeachtet der feststehenden Jurisprudenz des Appellations-Hofes zu Cassel, welche in dieser Hinsicht durch die Werke des Hrn. General-Procurator-Substituten Pfeiffer bekannt geworden) noch nicht überall von der Wahrheit dieses Axioms überzeugt habe: so nehme ich doch um so mehr Anstand, zur Begründung desselben noch etwas Mehreres, als das nachfolgende Erkenntniß der zweiten Section des Appellations-Hofes, mitzutheilen, da ich dem, was bereits von andern Schriftstellern hierüber gesagt ist, nichts Bedeutendes hinzuzufügen wüßte. Meine Absicht konnte also hier lediglich darin bestehen, daß in dieser wichtigen Materie, die Jurisprudenz des Appellations-Hofes zu Celle der des Casselschen völlig gleich sey, zu beweisen.

Weit unterschieden von dem Gegenstande des, als Axiom angenommenen, Satzes aber, ist die Frage:

Ist ein natürliches Kind, welches vor der Verkündigung des C. N. auf eine

---

dem einen Falle Vater, und in dem andern es nicht seyn kann; woraus folgt, daß das Districts-Gericht von Chaumont, indem es den Beweis der Vaterschaft zugelassen, ... seine Gewalt überschritten, und das Gesetz vom 12ten Brümaire II verletzt hat: Cassirt . . . "

mit den Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht übereinstimmende Weise anerkannt wurde, berechtigt, Alimente von dem anerkennenden Vater zu fordern?

Bei der Entscheidung dieser Frage müssen unstreitig dieselben Principien zur Anwendung kommen, welche bereits in der 1sten Abhandlung des gegenwärtigen Werks erörtert, und durch eine Entscheidung des Appellations-Hofes belegt wurden.

Die Gültigkeit jedes Rechtsgeschäfts muß nach den Gesetzen derjenigen Zeit und desjenigen Orts beurtheilt werden, unter denen es abgeschlossen wurde; insofern nicht besondere Prohibitiv-Gesetze ihm eine Wirkung unter der Herrschaft der neuen Legislation versagen [3]).

---

3) Vergl. Pfeiffer's Rechtsfälle, e. n. d. G. „B. N. Th. 1. S. 250.

Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit, S. 385 (4te Auflage).

Die Schwierigkeit der Anwendung der Principien der transitorischen Jurisprudenz macht jedoch nichts wünschenswerther, als Verfügungen des Gesetzgebers, welche diese Anwendung erleichtern." L'absence de ces dispositions eut été la source de contestations sans nombre, par exemple, sur les contracts de mariage, sur les testamens faits sous l'empire de l'ancienne loi. On eût pu même douter comment seroient réglés les droits des époux qui n'auroient point écrit leurs conventions. Le decret impérial sur l'organisation générale a prévu ces difficultés; les mesures qu'il a prises empêchéront que l'union des

Ungerecht würde es seyn, von jemand zu verlangen, daß er seine Handlungen nach bloß möglichen Normen, von deren künftigen Daseyn noch keine Spur vorhanden war, einrichte. Eine Mutter, der Vormund eines unehelichen Kindes, oder auch, den Umständen nach, dieses selbst, konnten sich hinlänglich beruhigen, wenn, unter der vorigen Legislation, entweder vor Zeugen, durch eine Privat-Scriptur, oder auch selbst durch die Erfüllung der gesetzlichen Verbindlichkeiten, der natürliche Vater seine Verpflichtung anerkannte. Ja, jene Personen würden, hätten sie, dessen ungeachtet, gegen diesen Klage erheben wollen, mit derselben abgewiesen seyn, da man ihnen, mit Recht, die Einrede „jam habes quod petis" hätte entgegensetzen können.

Welch ein hoher Grad von Ungerechtigkeit würde obwalten, wenn man von den genannten, unter der Herrschaft der vorigen Gesetze gänzlich zufrieden gestellt gewesenen Personen, jetzt, nach Maasgabe des 334sten Art. des C. N., die Vorzeigung einer öffentlichen Urkunde verlangen wollte, da ihnen eine solche unter der vorigen Legislation völlig überflüssig war; da, darauf zu drin-

---

familles ne soit troublée, et que le respect dû aux conventions n'éprouve aucune atteinte." Rede des Staats-Raths Faure, bei der Installation des kaiserl. Gerichts-hofs zu Hamburg, am 20sten August 1811.

gen wenigstens dadurch gefährlich werden konnte, daß es als kein Mittel anzusehen, sich die Zuneigung des, seine Verpflichtungen anerkennenden, Vaters zu erwerben, indem man ihm das äußerste Mißtrauen blicken ließ. Freilich kann eine, nicht nach den Vorschriften des Gesetzbuchs Napoleons, unter der alten Legislation, geschehene Anerkennung nicht die Wirkung haben, dem, solchergestalt anerkannten, Kinde Erbrechte zuzuwenden, welche der anerkennende Vater (da von jenen Erbrechten unter den alten Gesetzen nicht die Rede), ihm zuzuwenden nicht die Absicht haben konnte [4]); denn ein großer Unterschied ist es, sich zu Alimenten, die ein wohlhabender Staatsbürger wohl, ohne alle Verpflichtung, einem Bedürftigen zuwendet, zu verbinden, und, zum Nachtheil seiner gesetzlichen Erben, einen Theil des Nachlasses zu überlassen [5]). Aber die Wirkung muß die nach alten Formen gültige Anerkennung, oder auch

---

4) Jurisprud. du C. N. T. I. p. 403.

5) Der 757ste Art. C. N. bestimmt das Recht eines natürlichen Kindes auf den Nachlaß seiner Aeltern. Es ist aus diesen Bestimmungen ersichtlich, daß solches, selbst mit rechtmäßigen Kindern concurrirend, auf einen Theil des Nachlasses Anspruch machen kann: offenbar ist es daher ein Redactions-Fehler, wenn der Art. 723 sagt, daß bei Ermangelung der rechtmäßigen Erben, der Nachlaß an die natürlichen Kinder fiele. Lassaulx, des caractères distinctifs du C. N. in der bibliothèque du Barreau, T. IV. No. 3. (März u. Apr. 1811.) p. 164.

selbst die, mit der Absicht eine Pflicht zu erfüllen, geschehene Alimentation eines unehelichen Kindes haben, daß dieses, auch unter den neuen Gesetzen, Alimente verlangen kann; gleichwie solche Versprechungen, natürlichen Kindern, von ihren Vätern, unter den alten Gesetzen, gethan, wodurch sie ihnen Vortheile zuwandten, eben so bestehen bleiben müssen, als wenn sie fremden Personen geschehen wären, wenn auch in der Form, in welcher diese Versprechungen geschahen, nicht die Vorschriften der neuen Gesetzgebung beobachtet wurden [6]); wobei

---

6) Considérant (sagt hierüber ein von Chabot l. c. angeführtes Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Monpellier), que la loi, ayant accordé un droit nouveau aux enfans naturels, elle a pu soumettre cette faveur à telle condition qu'elle a trouvé à propos d'exiger, mais que, d'après l'art. 2. du C. N., la loi, ne pouvant avoir d'effet rétroactif, n'a dû, ni voulu, priver les enfans naturels, existant lors de sa promulgation, des droits acquis par eux à cette époque." — Es scheint mir keinem Zweifel unterworfen zu seyn, daß diese Theorie selbst in Hinsicht der im Ehebruche erzeugten, vor der Verkündigung des C. N. anerkannten, Kinder Statt habe: denn obgleich dieses Gesetzbuch ihre Anerkennung verbietet (Art. 335.): so gewährt es ihnen doch Alimente (Art. 762, 763.). — Aber selbst jenes Verbot der Anerkennung kann, nach einer mit Vernunft und Billigkeit übereinstimmenden Erklärung, nur so verstanden werden, daß dadurch dem im Ehebruche erzeugten Kinde nicht die Rechte eines natürlichen Kindes verschafft werden können: die Wirkung muß sie jedoch haben dürfen, ihm Alimente zu verschaffen; denn auf welche Art sollte sonst das unglückliche Wesen zu dem ihm vom Gesetze gesicherten Unterhalt zu gelangen vermögen, da die Untersuchung der Vaterschaft ver-

sich jedoch von selbst versteht, daß dergleichen Liberalitäten nicht das gesetzliche Maaß überschreiten dürfen.

Obige Grundsätze sind auch durch die französische Jurisprudenz adoptirt [7]), und von dem Appellations-

---

boten ist? — Nach dieser Theorie erkannte auch der Appellations-Hof zu Brüssel am 29sten Jul. 1811. Vergl. Sirey, T. XI. Cah. 11. P. II. p. 486. — Eine entgegengesetzte Meinung findet man ausgeführt in der Biblioth. du Barreau, Avril 1811. p. 225.

7) S. Chabot (de l'Allier), questions transitoires, T. I. p. 477., Art. Enfans naturels, § XI. „L'enfant naturel, reconnu avant le C. N., mais donc la reconnoissance ne se trouve pas conforme aux dispositions du Code, peut il reclamer ce qui lui a été promis par son père, ou par sa mère qui l'a reconnu"?

„S'il ne lui a été rien promis, peut-il exiger des alimens, lorsqu'il a été reconnu, avant la loi du 4. Juin 1793?" (Beide Fragen sind bejaht). Jurisprudence du C. N., T. X. p. 357., daselbst, Erkenntniß des Cassat. Gerichts zu Paris vom 10ten März 1808.

Das den natürlichen Kindern so günstige Gesetz des National-Convents, d. d. 12ten Brumaire II, wodurch jedoch die Untersuchung der Vaterschaft verboten ward, verordnete, in Hinsicht der vor diesem Gesetze gebornen unehelichen Kinder, „que la preuve de leur possession d'état ne pourroit résulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du père, au de la suite de soins donnés, à titre de paternité, et sans interruption, tant à leur entretient qu'à leur éducation, et qu'il en seroit de même à l'égard de la mère."

Weniger günstig ist ihnen aber das kaiserliche Decret vom 4ten Jul. 1811., welches die General-Organisation der Hanseatischen Departementer enthält, worin im Art. 152 folgende Vorschrift enthalten ist: „Lorsque l'état et les

Hofe, am 17ten October 1811, in nachfolgender Sache, zum Theil zur Anwendung gebracht.

Johanne Dorothea Henne zu Goslar stellte im October 1810 bei dem Tribunale zu Goslar gegen die Testaments-Erben des pensionirten Commerzien-Raths Stedekorn folgende Klage an:

Seit Ostern 1796 habe sie bei dem Erblasser der Beklagten, bis zu dessen am 25sten Julius 1807 erfolgten Tode, als Haushälterinn gedient. Der Verstorbene habe mit ihr eine außerehliche Tochter gezeugt, er habe diese Tochter stets als sein Kind anerkannt, solches gegen mehrere Personen eingestanden, und sie, bis zu seinem Tode, als Vater, alimentirt. Sie verlange, da hier die Gesetze, unter denen das Kind geboren, zur Anwendung kämen, für die ihr geraubte

---

droits des enfans naturels n'auront pas été fixés, soit par des actes irrévocables ayant une date certaine, soit par des jugemens passés en force de chose jugée avant la mise en activité du Code Napoléon, ils le seront conformément aux dispositions de ce code." — Obgleich auch diese Vorschrift die von Chabot de l'Allier in dieser Materie entwickelte Jurisprudenz (von welcher man unstreitig behaupten kann, daß sie die Rechte jener natürlichen Kinder „conformément aux dispositions du code" feststelle) nicht aufhebt. Irrig ist es aber unstreitig, wenn die Worte dieses Artikels: „L'état et les droits" durch „das Verhältniß und die Rechte" statt durch „der bürgerliche Zustand (status) und die Rechte (nemlich die hier ausfließenden Rechte) in der officiellen Uebersetzung wieder gegeben sind.

Jungfrauschaft 500 Rthlr. [8]), an Tauf- und Wochenbettskosten .... Rthlr. und zur Alimentation ihres Kindes, vom Tage des Todes des.

---

8) Man schlug im französischen Staatsrathe, bei den Verhandlungen über das Gesetzbuch Napoleons (S. Protocoll vom 26sten Brumaire X.) vor, der Mutter und dem Kinde, wenigstens, statt der Klage auf Anerkennung, eine Klage auf Schadensersatz (dommages-intérêts) zuzubilligen. Zur Begründung dieses führte man an, der vorzüglichste Grund, die Untersuchung der Vaterschaft zu verbieten, sey gewesen, zu verhindern, daß die Verbindlichkeiten eines natürlichen Vaters nicht ausschließlich auf einem einzigen lasten mögen, wenn die Mutter des Kindes mit mehrern Männern Umgang gepflogen habe. Wenn dieser Bewegungsgrund auch gerecht sey, so sey es doch keinesweges ebenmäßig gerecht, auf jeden Fall, auch die Klage auf Schadensersatz zu verweigern. Ein rechtliches Mädchen könne eine Schwachheit gehabt haben, es könne auch der Verführung unterlegen seyn; müsse man es nun gleich darum ohne Hülfe lassen? — Man antwortete hierauf, wenn man bei dieser Hypothese, welche unstreitig die am meisten zu begünstigende sey, eine Ausnahme zulassen wollte, so müsse man die Regel selbst verwerfen. Der entgegengesetzte Fall sey ungleich häufiger, als derjenige, den man hier vor Augen gehabt; es folge also daraus, daß, um einigen besondern Fällen diejenige Gunst zu erweisen, welche sie verdienen, man die rechtlichen Leute aussetzte, ein Opfer jedes verworfenen Weibsbildes zu werden. Der Gebrauch jener Klage sey ehedem eben so willkührlich als scandalös gewesen; und die Gesetze, welche sie beseitigt, hätten den Sitten keinen geringen Dienst geleistet. Vergl. Locré, esprit du C. N. T. IV. S. 208. Aus diesen Verhandlungen folgt also augenscheinlich, daß nach dem Geiste der neuen Gesetzgebung auch keine Klage auf Schadens-Ersatz von Seiten der Geschwächten (wenn der Beklagte auch selbst, auf eine nicht authentische Art, die Thathandlung gestanden hätte), statt-

Erblassers der Beklagten bis zum 14ten Jahre des Kindes, wöchentlich einen Rthlr.

Außer mehrern andern, aus der preußischen Legislation hergenommenen, Einreden setzten die Beklagten, indem sie die behauptete Vaterschaft und Anerkennung derselben leugneten, die Einrede der Unzuläßigkeit der Klage, nach Maasgabe des berühmten 340sten Art. des C. N., entgegen.

Nach verhandelter Sache erkannte hierauf das

---

nehmig sey. — Ich gestehe, daß diese Legislation zu einer unleidlichen Härte den Richter zwingen kann. — Ganz im Anfang der neuen Legislation, als die Richter mit dem Geiste derselben noch nicht so vertraut als jetzt seyn konnten, verklagte ein sehr junges unerfahrenes Bauermädchen einen katholischen Priester auf die Vaterschaft ihres Kindes, und auf Ersatz ihrer Wochenbettskosten und Entschädigung für die verlorne Jungfrauschaft. Der Verklagte hatte schriftlich mit dem Mädchen unterhandelt und schriftlich den Beischlaf eingestanden, aber behauptet, das Kind sey zu spät geboren, als daß er Vater seyn könne. Das Mädchen producirte diese anerkannten Documente: hier war es also juristisch gewiß, der Beklagte habe der Klägerinn die Unschuld geraubt. Das Tribunal glaubte demnach den Art. 1383 C. N. anwenden zu können, und verurtheilte, unter meinem Präsidio, den Herrn Pastor zu einem Schadens-Ersatze von 50 Rthlr. Eine Entscheidung, die vielleicht den Feinheiten des neuen Rechts zuwider war, aber gewiß die natürliche Billigkeit für sich hatte. (Der Beklagte mußte seine Pfarre mit einem Kloster, auf Verfügung seines Bischofs, vertauschen). — „Souvent un Législateur qui veut corriger un mal ne songe qu'à cette correction; ses yeux sont ouverts sur cet objet et fermés sur les inconveniens.“ Montesquieu, Esprit des Lois, L. VI. c. 15.

Tribunal zu Goslar, am 18ten December 1810:

„Da die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen von den Verklagten abgeleugnet sind, so ist die Klägerinn schuldig, mit Vorbehalt des den Verklagten zustehenden Gegenbeweises, zu beweisen: „entweder daß der verstorbene Commerz-Rath Stedekorn zwischen dem 210ten und 285sten Tage, vor dem 11ten April 1806, sich mit ihr fleischlich vermischt; oder daß er das von der Klägerinn am 11ten April 1806 geborne Kind, weiblichen Geschlechts, als das seinige anerkannt habe."

Die Verklagten wandten gegen dieses Erkenntniß die Appellation ein, welche ihr Sachwalter, der H. Procurator und Advocat Müller hierselbst, in einem zweckmäßigen Vortrage, aus Gründen zu rechtfertigen suchte, die er theils aus der preußischen Legislation, theils aus dem Gesetzbuche Napoleons entlehnte. So viel die letztern betrifft, bemerkte derselbe: Die Thatsachen, worauf die Klägerinn ihren Antrag zu stützen suche, seyen sämmtlich von den Beklagten in Abrede gestellt. Es ließe sich wohl denken, daß das Kind der Klägerinn, da sie Haushälterinn des Verstorbenen gewesen, von diesem manche Wohlthat genossen haben möge; was denn aber für Folgerungen hieraus für die angebliche Vaterschaft gezogen werden könnten? — die Klägerinn gründe ihr Forderungs-Recht sowohl für sich, als das Kind, auf das allgemeine preußische

Landrecht; allein nicht dieses, sondern das Gesetzbuch Napoleons müsse hier zur Norm der Entscheidung dienen. Nach diesem sey die Untersuchung der Vaterschaft den Richtern absolut verboten, ohne daß unterschieden wäre, ob solche unter den alten oder den neuen Gesetzen ihren Ursprung genommen haben solle. Es könne hier auch von keiner Aufhebung eines vor der neuen Gesetzgebung erworbenen Rechts, durch diese, mithin von von keiner unzulässigen Rückwirkung des C. N., die Rede seyn, indem die in dem allgemeinen preußischen Landrechte den außerehlich geschwängerten Frauenzimmern zum Besten angeordneten Entschädigungsforderungen lediglich Rechtswohlthaten, nicht aber vertragmäßig erworbene Rechte gewesen seyen; jene hätten aber füglich, durch eine spätere Gesetzgebung, ohne daß ein erworbenes Recht gekränkt wäre, eine Abänderung erleiden können. Uebrigens gründe die Appellantinn die Alimenten-Forderung für ihr Kind auf die abgeleugnete Vaterschaft des Erblassers der Beklagten; nur beiläufig führe sie an, daß er solches stets für sein Kind anerkannt. Da nun die Untersuchung der Vaterschaft verboten: so könne auch von keiner Alimentations-Verpflichtung die Rede seyn, indem diese hier lediglich aus der Vaterschaft entstehen müsse. Die Anerkennung der Alimentations-Verpflichtung sey nicht als Grund der Klage angeführet worden. Wäre dieses die Ab-

sicht der Klägerinn gewesen, so hätte es, mit Angabe bestimmt ausgedrückter Umstände, geschehen müssen; damit man wiederum zu einer bestimmten Litiscontestation im Stande gewesen wäre. Der Sachwalter der Appellantinn, H. Procurator und Advocat Schwarz 9) suchte, mit einer rühmlichen Beredsamkeit, diesen Vortrag

9) Mit Vergnügen bemerke ich, bei dieser Gelegenheit, um durch öffentliche Anerkennung der Verdienste und Talente meine Achtung für dieselben zu beurkunden, daß, so wie sich unter den gerichtlichen Rednern zu Einbeck der H. Procurator Dr. jur. Schwarz daselbst auszeichnete, dieses hier dessen Bruder, der obengenannte Procurator des Appellations-Hofes, durch klare, frei und gut declamirte Vorträge, thue. — Ein himmelweiter Unterschied ist zwischen einer theatralischen und einer gerichtlichen Declamation, und ein Redner, welcher vor Gericht die erste anwenden würde, wäre mit Recht ein Gegenstand des Lachens: aber nichts thun, als dem Appellations-Richter die Wechselschriften der Procuratoren 1ster Instanz vorlesen, heißt ganz den hohen Beruf eines Advocaten vor dem Appellations-Hofe verkennen. Wie wichtig ist das Amt eines solchen! Nicht unwichtiger als das der Appellations-Richter selbst. Und wie wird die Pflicht eines solchen Amts erfüllt, wenn die Partei, statt einen warmen Theilnehmer ihrer Gerechtsame, statt einer Stütze ihres vielleicht wankenden Glücks, in ihm nichts, als den lauen Wiederhohler dessen findet, das sie bereits ihrem Procurator der 1sten Instanz bezahlte! Dann thäte der Streitende besser, wenn er kein ᾿αναλφαβητος ist, selbst zu erscheinen (welches ihm niemand wehren kann), und jene schon einmahl bezahlten Scripta selbst abzulesen. — Wie groß wird mein Vergnügen seyn, wenn ich in diesen Annalen des Appellations-Hofes oft den Talenten gerichtlicher Redner Denkmahle zu setzen veranlaßt werde!

durch Gründe zu widerlegen, abgeleitet aus dem Axiome, daß kein Gesetz eine rückwirkende Kraft habe; und daß es daher nothwendig erlaubt seyn müsse, den Effect einer Klage zu verfolgen, die man mit Recht als einen Theil seines Vermögens ansehe. Die preußische Legislation habe der Klägerinn und ihrem Kinde ein Klagrecht ertheilt, dieß Klagrecht wäre in das Eigenthum beider übergegangen: wie es rechtlich möglich sey, daß dieses erworbene Eigenthum durch neuere Gesetze zerstört werden könne? — Quid antiquitas peccavit, quae, praesentis legis inscia, pristinam secuta est observationem? 10). Gewiß würde die Klägerinn minder freigebig mit ihren Gunstbezeugungen gewesen seyn, wenn sie hätte ahnen können, daß ihre aus solchem entstehenden Rechte von einer Gesetzgebung, wie die des Art. 340. C. N., hätten vernichtet werden sollen. Ueberdem habe sie keine Ursache gehabt über ihren Liebhaber zu klagen: er habe vielmehr seine Verpflichtungen anerkannt. Sie habe ihre Klage ausdrücklich mit auf diese Anerkennung begründet, und müsse also, da der Beweis derselben nichts mit einer Untersuchung der Vaterschaft zu thun habe, wenigstens zu diesem zugelassen werden.

Die Anträge des öffentlichen Ministerii gingen ebenfalls auf die Zulassung zu diesem Beweise,

10) L. 29. C. de testament. (VI. 23.)

indem von demselben nicht für nöthig erachtet wurde, die erste Frage zu erörtern, da, bereits nach preußischen Gesetzen, die Paternitäts-Klage verjährt sey.

Das Gericht theilte diese letzte Ansicht, wegen der behaupteten Alimentation, nicht, und erließ in der öffentlichen Audienz vom 17ten Octob. 1811 folgendes

Urtheil.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht der Art. des C. N. 340 und 342, desgl. des II. Thl. 1. Tit. §. 1095 und 1096 allg. Landr. f. d. pr. St.;

In Erwägung, daß das Gesetz dem Richter die Nachforschung der Vaterschaft verbiethet, ohne zu unterscheiden, ob die Handlung, woraus solche hervorgehen soll, vor oder nach der Verkündigung dieses Gesetzes Statt gehabt habe, mithin es des Richters Pflicht ist, überall ferner keine Nachforschungen der Vaterschaft, außer in dem von dem Gesetze ausgenommenen Falle, zuzulassen;

In Erwägung, daß die Stipulationen der Parteien, oder diejenigen Handlungen derselben, welche, indem sie ihnen obliegende Verpflichtungen dadurch anerkennen, an die Stelle förmlicher Verträge treten, weil sie den Gegentheil abhalten, das ihm zustehende Recht gerichtlich zu verfolgen, nach

derjenigen Gesetzgebung zu beurtheilen sind, unter welcher jene Stipulationen oder Anerkennungen Statt hatten, da, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, man dem Gesetze eine rückwirkende Kraft geben würde;

In Erwägung, daß Appellantinn in ihrem Klaglibelle ausdrücklich anführt:

„der gedachte Schwängerer erkannte die von ihm erzeugte Tochter stets als sein Kind an, bekannte solches gegen mehrere Personen, und hat, als Vater derselben, sie bis an seinen Tod alimentiret";

daß diese Thatumstände von den Appellanten abgeleugnet sind, und daß, da sie in gegenwärtiger Sache für entscheidend angesehen werden müssen, Appellatinn zu dem Beweise derselben zuzulassen ist, und zwar um so unbedenklicher, da so viel daran fehlt, daß die Erforschung dieser Thatumstände mit der Erforschung der Vaterschaft identisch sey, daß vielmehr jene Thatumstände, ohne Vorhandenseyn einer Vaterschaft von Seiten des Erblassers der Appellanten, Statt gehabt haben können;

Erkennt:

daß das Erkenntniß des Tribunals zu Goslar d. d. 18ten December 1810 dahin zu reformiren: daß Appellatinn zwar zu einem auf die Erforschung der Vaterschaft ihres natürlichen Kindes gerichteten Beweise nicht be-

rechtiget, hingegen ihr nachgelassen werde, binnen einer Frist von zwei Monaten, von dem Tage der Insinuation dieses Erkenntnisses angerechnet, sub poena desertionis, et reprobatione salva, zu beweisen:

Gestalten der verstorbene pensionirte Commerzien-Rath Christoph Friedrich Stedekorn zu Goslar die am eilften April 1806 gebohrne Tochter der Appellatinn, Johanne Sophie Christiane, als sein Kind anerkannt, oder daß er ihr Alimente, unter Anerkennung seiner Verpflichtung dazu, gereicht habe;

worauf sodann, auch der Kosten wegen, ferner erginge was Rechtens.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appell.-Richter; concl. H. Procureur-General-Subst. Blumenbach.

2.

Der Art. 1322 des C. N. verordnet:

„Eine Privat-Urkunde hat, wenn sie von dem, gegen welchen sie gebraucht wird, anerkannt wird, oder gesetzlich für anerkannt gehalten wird, unter denjenigen, welche sie unterschrieben haben, und unter deren Erben und Nachfolgern dieselbe Beweiskraft, wie eine öffentliche Urkunde"; und der Art. 1323 setzt hinzu:

„Derjenige, gegen welchen man sich auf eine Privat-Urkunde bezieht, ist verbunden, seine Handschrift oder seine Unterschrift förmlich anzuerkennen oder abzuleugnen."

F i n d e t d i e s e G e s e t z g e b u n g a u c h a u f d e n F a l l A n w e n d u n g, d a j e m a n d s e i n n a t ü r l i c h e s K i n d d u r c h e i n e P r i v a t-S c h r i f t a l s s o l c h e s a n e r k e n n t, u n d i h m A l i m e n t e, d e r M u t t e r a b e r E n t-s c h ä d i g u n g f ü r d i e W o c h e n b e t t s k o s t e n u. s. w., i n j e n e r P r i v a t-S c r i p t u r, v e r s p r o c h e n h a t? —

Ich halte dafür, daß man die hier Statt gehabte A n e r k e n n u n g von den übrigen V e r-s p r e c h u n g e n unterscheiden muß. Die erste konnte nur durch einen authentischen Act Statt haben (Art. 334. C. N.). Es wäre eine Art der Untersuchung der Vaterschaft, den Aussteller jener Privat-Scriptur verpflichten wollen, die Unterschrift, wodurch solche anerkannt wird, anerkennen oder

ableugnen zu müssen. Noch deutlicher ergäbe sich aber, zwar nur indirecter Weise, jene Untersuchung bei einer gerichtlichen Verification der Handschrift. Nur durch eine authentische Urkunde kann ein natürliches Kind anerkannt werden: Diese Vorschrift ist absolut, sie leidet keine Ausnahme, und ist daher, eben so strenge, als die Vorschrift des 340. Art. C. N., von den Gerichten zu befolgen.

Nirgend ist aber (die übrigen Verpflichtungen anbelangend) verbothen, jemand in einer Privat-Schrift deßwegen Alimente zu versprechen, weil man anerkennt sein Vater zu seyn; oder in einer solchen sich zu einer Entschädigung, des durch die Schwängerung veranlaßten Schadens wegen, zu verpflichten [1]). Ich gestehe also, daß ich keinen rechtlichen Grund zu finden vermag, warum das Gesetz härter gemacht werden sollte, als es ist. Mir ist nicht unbekannt, daß die eben aufgestellten Behauptungen von der französischen Jurisprudenz nicht allgemein [2]) als richtig anerkannt

1) Ursachen der Verpflichtung, welche jedoch auch eine natürliche, von dem Civil-Rechte nicht reprobirte, seyn kann, müssen allerdings vorhanden seyn und angeführt werden: sonst würde die Handlung als eine Schenkung zu betrachten seyn, welche nur durch einen authentischen Act Statt haben kann. Art. 931. C. N.

2) Die von mir aufgestellte Meinung ist von dem Appellations-Hofe zu Paris, in dem Journal du Palais II. Se-

werden: so ehrwürdig mir aber die Jurisprudenz ist, wenn sie die Gesetze, ihrem Geiste gemäß, aus-

---

mestr. an X. p. 13. und I. Sem. 1807. p. 243, angenommen. Die entgegengesetzte scheint in dem Erkenntnisse des Cassat. Hofes, d. d. 26sten März 1806, zu liegen, welches höchste Gericht entschied:

„Depuis la loi du 12. Brumaire an II. toute recherche de la paternité non reconnue étoit abolie, non seulement par rapport aux droits successifs, mais même relativement aux alimens pour l'enfant, aux frais de gésine pour la mère, par la raison que la paternité étant indivisible, un homme ne peut pas être père pour un cas et ne pas l'être pour un autre.“ Doch nur auf den ersten Blick scheint dieses Erkenntniß entgegenzustehen, da in dem Falle, so wie ich ihn setze, von gar keiner Untersuchung der Vaterschaft, die freilich untheilbar ist, die Rede seyn kann.

Gänzlich entgegen steht aber meiner Meinung ein Erkenntniß des kaiserl. Gerichtshofs zu Paris, d. d. 22sten Jul. 1811, bei dessen Abgebung ich selbst gegenwärtig war. Die von mir aufgestellte, (doch auch auf die Vaterschaft selbst, insofern ihre Privat-Anerkennung nur Alimente bewirken sollte, angewandte) Theorie wurde von einem vortrefflichen Redner, dem H. Gaillard-Laferriere, vertheidigt. „En un mot (sagte dieser) et pour généraliser la question, un homme assez pervers pour seduire une fille, sous la foi d'une fausse promesse de mariage, mais assez circonspect pour éviter de reconnaître la paternité, dans un acte authentique, sera-t-il dès-lors autorisé à laisser périr de misère et de faim le fruit innocent de sa passion criminelle? — Il lui a donné la vie; le fait est constant et avoué: ne lui devra-t-il pas même du pain? — A ces questions la conscience se soulève, la nature repond d'une voix forte et puissante, qui retentit dans tous les coeurs: Qui alimonia denegat, necare videtur!“

legt und ergänzt, so wenig, ich gestehe es, glaube ich sie beachten zu müssen, wenn sie diesem Geiste widerstrebt. — Ein uneheliches Kind und eine verführte Mutter bleiben Personen: warum sollte man, zu ihrem Besten, in einer Privat-Urkunde nicht eine Alimentations- oder Entschädigungs-Verpflichtung anerkennen können? — Wo ist dieses (ich wiederhohle es) verbothen? — Was hat ein solches Versprechen, und die Untersuchung, ob es geleistet sey, oder nicht, mit dem Verbothe der Untersuchung der Vaterschaft zu thun? — Nicht einen Vater, sondern das Leben sucht das Kind: und wo ist es verbothen, sein Leben zu fristen zu suchen? — Nicht einen Vater ihres Kindes, sondern Entschädigung für einen zugefügten Schaden sucht die Mutter: und wo ist es verbothen, eine solche Forderung zu verfolgen, sobald sie ohne eine Untersuchung der Vaterschaft Statt haben kann? — Auf diese kömmt es hier aber nicht im geringsten an, um so weniger, da eine Verpflichtung zu Alimenten und Entschädigung, selbst von jemand, der an jener Vaterschaft unschuldig war, eingegangen werden konnte.

Ich glaube also behaupten zu dürfen: daß sich jemand durch eine Privat-Scriptur verpflichten könne, seinem natürlichen Kinde Alimente, und der Mutter eine Entschädigung zu reichen, und daß er also eine solche Schrift anzuerkennen oder abzuleugnen gezwungen werden könne.

Einige Bemerkungen über das Verboth der Untersuchung der Vaterschaft.

Ob die berühmte Vorschrift des Artikels 340 des Gesetzbuchs Napoleons: „la recherche de la paternité est interdite“, mit der darin enthaltenen einzigen Ausnahme, völlig zweckmäßig sey, oder nicht, ist eine so schwer zu beantwortende Frage, daß ich sie nicht zu entscheiden, sondern nur in dieser Hinsicht einige Gedanken zu äußern wage.

Alles, was für jene Gesetzgebung angeführet zu werden vermag (und es ist dieses gewiß im höchsten Grade zu berücksichtigen) findet man aus den amtlichen Verhandlungen in dem bekannten Werke Locré's über das Gesetzbuch Napoleons, bei dem Art. 340, zusammengestellt [3]. Man kann alles dieses, im Auszuge, durch folgende Worte des St.-R. Bigot-Préameneu [4]) wiedergeben: „Seit langer Zeit hatte unter der Herrschaft der alten Gesetze sich ein allgemeines Geschrei gegen die Untersuchungen der Vaterschaft erhoben. Sie setzten die Gerichtshöfe den allerschändlichsten Verhandlungen aus, und gaben Veranlassung zu den willkührlichsten Entscheidungen und einer stets schwankenden Rechtswissenschaft. Der Mann, dessen Aufführung stets die reinste gewesen, dessen

3) Maleville bemerkt in seiner Analyse nichts über diesen Gegenstand.

4) Exposé des mot. du titre paternité et filiation, T. III. p. 22.

Haare in der Ausübung aller Tugenden weiß ... den, war vor den Angriffen eines schamlosen Weibes, oder ihm fremder Kinder, nicht sicher. Diese Art von Verläumdung ließ stets traurige Spuren nach sich. Mit einem Worte, die Untersuchung der Vaterschaft war als eine Geißel der Gesellschaft betrachtet." —

Auch findet man von Locré, in jenem Werke, dasjenige nicht verschwiegen, was, bei den Verhandlungen, gegen jene Gesetzgebung vorgebracht wurde, die übrigens in Frankreich, schon durch das Gesetz vom 2ten Brumaire II. eingeführt, zur Zeit der Verkündigung des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht so fremd als in Deutschland war.

Ein Gesichtspunct, aus dem diese Gesetzgebung auch wohl verdient hätte betrachtet zu werden, scheint mir jedoch nicht berücksichtigt zu seyn. Es ist der, der in den jetzigen Zeiten so nothwendigen Beförderung der Ehen von Seiten des Staates [5]. Wir wissen, was die

5) Vortreffliche Bemerkungen über diesen Gegenstand finden sich in dem in Deutschland so wenig bekannt gewordenen classischen Werke des Marchese Giuseppe Palmieri: Riflessioni sulla pubblica felicità relativamente al regno di Napoli (Napoli 1788. 8°) S. 5. seq. Wie wahr ist nicht die Bemerkung: „Nel matrimonio per lo più non si ravvisa il fine del istinto, o la dignità del Sacramento; ma soltanto un civil contratto, e l'impegno più pericoloso ed equivoco della vita." — Der Instinct kann nemlich sehr sicher anderweit jetzt befriedigt werden.

Römer, zu Zeiten, die an Revolutionen und Kriegen, und, vor allem andern, an einer fast gänzlichen Auflösung der Bande der Sitten, den unsrigen nicht unähnlich waren, zur Beförderung der Ehen und der πολυπαιδία für Gesetze gaben [6]. Wer erinnert sich nicht des unter den Consuln Marcus Papius Mutilus und Quintus Poppäus Sabinus von August gegebenen, sogar von Dichtern besungenen, Gesetzes de maritandis ordinibus, de caducis, de poenis coelibatus et orbitatis [7], und der ungeheuern Vortheile, welche

6) Aulus Gellius, noct. Att. L. II. c. 15.

Heineccii ant. Rom. Syntagma L. I. T. 25. p. 242 seq. (ed. Francof. a M. 1771).

Ej. Comment. ad Legem Jul. et Pap. Pop. L. I. c. 2. p. 35 seq.

Auch das ältere deutsche Recht hatte in dem Hagestolzen-Rechte gewissermaaßen seine Lex Papea-Popaea. S. Joh. Balth. Wernher, de jure hagestoliziatus, Wittenb. 1724 in den Enuntiat. fori hodierni P. 2. pag. 252. Ein Recht, welches namentlich unserem Vaterlande nicht fremd war. S. Joh. Paul. Krefs, de jur. hagest. praecipue in ducatu Guelpherbytano. Helmst. 1727. Wie spät dieses Recht noch zu Lüneburg angewendet worden, ist aus Pufendorf, Observ. T. 1. Obs. XCII, ersichtlich. Erst Georg II. hob es auf, nachdem es dort Jahrhunderte lang im Gebrauch gewesen war. So hieß es z. B. in einem 1135. von dem Kayser Lothar dem Abte von Lüneburg gegebenen Briefe: „Si quis mortuus fuerit de illis qui elos (ehelos) dicuntur, de bonis ejus duas partes Abbas, tertiam advocatus accipiat.“

7) Dio Cassius, Hist. L. 54. Tacitus, Annal L. III. c. 25. — Sueton., Augustus c. 34. Horaz hielt dieses Gesetz für so

dieser Imperator mit dem ehelichen Stande und der Fruchtbarkeit verknüpfte, das Cölibat mit den empfindlichsten Strafen und Entbehrungen verfolgend?

Wenn nun die Sinnlichkeit, welche (man philosophire so viel als man will mit Kant über das Wesen der Ehe) die meisten antreibt, die Kosten der Ehe nicht zu scheuen, auf eine vollkommen sichere Art, ohne Sorgen und Entbehrungen, außer derselben befriedigt zu werden vermag; wenn niemand mehr verpflichtet werden kann, sein, einem verführten Mädchen angethanes, Unrecht durch Ehe oder Aussteuer gut zu machen: dann fallen gewiß tausende von Ehen weg, die sonst geschlossen wären. Ein Schaden, welcher nicht in Hinsicht verminderter Bevölkerung allein auf den Staat nachtheilig einwirkt, sondern, des Verderbnisses tiefere Wurzeln treibend, die Reste noch bestehender Moralität selbst angreift. „C'est une regle tirée de la nature sagt Montesquieu) [8]) que plus on diminue le nombre

---

wichtig, seiner, als einer vorzüglichen Stütze der Wohlfahrt des römischen Reichs, im Secular-Liede zu erwähnen:

„Diva, producas sobolem: patrumque
Prosperes decreta super jugandis
Feminis, prolisque novae feraci
Lege marita."

Vergl. Hugo's Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts S. 340 (4te Aufl.).

8) Esprit des lois L. 23. ch. 22.

des mariages qui pourroient se faire, plus on corrompt ceux qui sont faits; moins il y a des gens mariés, moins il y a de fidélité dans les mariages, comme lors qu'il y a plus de voleurs il y a plus de vols.“

Und läßt es sich wohl leugnen, daß die Neigung zum Cölibat in unsern Zeiten nur zu sehr überhand nahm? — Wer erinnert sich nicht der auf Männer harrenden Töchter der edelsten Familien? — Können wir nicht jetzt mit eben dem Rechte als ein Cäsar Augustus 9) sagen: „Jetzt, da uns Kriege und Krankheiten so viele Bürger entreißen, was soll aus dem Staate werden, wenn man keine Ehen schließt? — Nicht aus Häusern, Säulengängen und Plätzen bestehet der Staat: Menschen sind es, welche ihn zum Staate bilden! Nicht, wie in der Fabel, wird die Erde auch Menschen gebären, die des Staates Geschäfte künftig zu führen vermögen. Auch nicht um einsam zu leben bleibet ihr im Cölibat. Nicht fehlen euch des Bettes, nicht der Tafelfreuden: nur Bequemlichkeit ist es, welche ihr zu erreichen strebt“ 10). — Sollte in Zeiten, wo man diese den römischen Rittern ge-

9) Dio Cassius L. 56. Sueton. Aug. 35.

10) Quando habebo multos cognatos, quid opus mihi sit liberis?
Nunc vivo bene, ac fortunate, atque vt volo, atque animo vt lubet!
Periplectomenes, apud Plaut. Mil. glor. III. 1. v. 111.

haltene Rede füglich wiederhohlen kann, des Gesetzgebers Weisheit nicht alle Mittel aufzubiethen streben müssen, nicht nur die Hindernisse zu beseitigen zu suchen, welche der Schließung der Ehen im Wege stehen, sondern auch das, nicht durch Mangel an Vermögen oder Gesundheit gerechtfertigte, Cölibat in seinen Genüssen und Bequemlichkeiten selbst anzugreifen? — Man sage nicht: noch bemerkte man keine nachtheilige Wirkung des Gesetzes, in Hinsicht der noch mehr verminderten Schließung der Ehen, vorzüglich in den höhern Ständen. — Nicht augenblicklich ist die sichtbare Wirkung der Gesetze auf Sitten. Oft äußert sich der Gesetze und des Zeitgeistes gemeinsames Resultat erst nach dem Verlaufe eines halben Jahrhunderts: dann aber auch zu spät zu hemmen durch der Gesetze Widerruf.

Auch noch auf eine andere Weise möchte jenes Verbot nachtheilig einwirken. Der Pöbel, des Denkens unfähig, dringt nicht in der Gesetze Geist. Er schiebt ihnen Ursachen unter, wie sie seiner Sinnesart nahe liegen. Nicht an das Mysteriöse der Vaterschaft und den undurchdringlichen Schleier, mit welchen dies Geheimniß die Natur verhüllte, nicht an den der Vaterschaft unschuldig angeklagten Greis mit dem Silberhaar (woran man bei der Abfassung des Gesetzes dachte) denkt er, wenn er in Erfahrung bringt, man brauche seine unehli-

chen Kinder nur nicht anzuerkennen, um ihrer Ernährung überhoben zu seyn. Ueber das Geheimniß der Vaterschaft hat er nie nachgedacht, und einen ehrwürdigen Greis hat er nie von einer Buhlerinn der Vaterschaft ihres Kindes angeschuldigt gesehen. (Und wer sah dies bei uns?) Ganz andere Beweggründe, so wie sie seiner Fassungskraft nahe liegen, legt er dem Gesetze unter, indem er dieses mit dem, auch ihm nicht fremden, Indifferentismus und Egoismus der Zeit in Harmonie bringt.

Nach allem diesen leugne ich nicht, zu glauben, daß das Gesetz, so wie es jetzt besteht, nachtheilig auf Schließung der Ehen, auf die Bevölkerung und Moralität des Volkes einwirke; doch gern, bei besserer Belehrung, zu bekennen geneigt, mich getäuscht zu haben, auch nicht verkennend das Zweckmäßige der Regel, sie nur durch mehrere Ausnahmen in ihrer Wirkung beschränkt wünschend.

Würde die auf den Fall der Entführung darin enthaltene Ausnahme auch auf das Verbrechen ausgedehnt, welches die französische Sprache so zweckmäßig „rapt de seduction“ nennt, so wäre ich zufrieden. — Wie unbestimmt ist nicht der Begriff der Verführung! — höre ich mir entgegen rufen. Nicht unbestimmter als der der harten und grausamen Beleidigungen, welche die Ehescheidung begründen. So wie hier, so möge dort des Richters Ermessen entscheiden. Ich

glaube also, daß, wenn von einer Modification des Gesetzes einmahl die Rede seyn könnte, es vielleicht nicht unzweckmäßig seyn möchte, den Art. 340 so zu fassen:

Die Nachforschung, wer Vater eines Kindes sey, ist verbothen.

Nur in dem Falle einer Entführung, gewaltsamen Schwängerung, oder der Verführuug eines unbescholtenen Frauenzimmers kann der Entführer oder Schwängerer, auf Ansuchen der Interessenten, für den Vater des Kindes erklärt werden, wenn der Zeitpunkt der Entführung, der Nothzucht, oder des verführenden Umgangs mit der Empfängniß übereinstimmt. In allen diesen Fällen ist der Verklagte, der Beleidigten überdem eine Entschädigung zu bezahlen schuldig, welche von dem Richter, nach den Vermögens- und Standes-Verhältnissen beider Theile, nach Anhörung der Conclusionen des öffentlichen Ministerii, bestimmt wird [11]. — In magnis et voluisse sat est! —

11) Ich fand Bedenken, den Verklagten durch das Erbiethen zur Ehe, von dieser Verpflichtung zu befreien, da die Ehe völlige Freiheit von beiden Seiten voraussetzt.

XXX.

Ehescheidung. — Oeffentliches Ministerium.

Kann das öffentliche Ministerium gegen Erkenntnisse im Ehescheidungs=Verfahren wegen bestimmter Ursachen die Appellation einlegen, wenn dieses von keinem der streitenden Theile geschieht? 1).

Kann die Ehescheidung ohne weitern Beweis, als das Eingeständniß des Beklagten, zugelassen werden?

Nichts ist gewisser, als daß die französische Jurisprudenz dem öffentlichen Ministerium *)

1) „Les loix ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement; elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille." Montesquieu, l'Esprit des lois L. XXIX ch. XVI.

*) In keiner Materie der französischen und der westphälischen Jurisprudenz muß sich so sehr der Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze äußern, als bei der Lehre von dem öffentlichen Ministerio: „plurima juris loca sine illius ductu inextricabile Labyrinthum" (Leibniz.). Vergl. Thibaut, über den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze, in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts, B. I. S. 140. (Jena 1798).

die Befugniß abspricht, in Civil-Sachen als Kläger aufzutreten, sondern daß sie ihm lediglich die Berechtigung ertheilt, seine Meinung durch motivirte Conclusionen zu äußern; woraus denn die natürliche Folge erwächst, daß, wenn jene Conclusionen von dem Gerichte nicht angenommen werden, dem öffentlichen Ministerio nicht die Berechtigung zustehe, gegen ein solches Erkenntniß Rechtsmittel zur Hand zu nehmen.

Die Quelle dieser Jurisprudenz befindet sich in dem 2ten Art. des 8ten Titels des Gesetzes vom 24sten August 1790, welcher lautet:

„Les commissaires du roi exerceront, au civil, leur ministère non par voie d'action, mais seulement par celle de requisition dans les procès dont les juges auront été saisis.“

Der Sinn dieses Artikels ist unstreitig der, (sagt Merlin) [3]) daß es bei solchen Rechtsgegenständen, welche lediglich auf ein Privat-Interesse Bezug haben, den kayserlichen Procuratoren nicht erlaubt ist, von Amts wegen eine Klage anzustellen oder fortzusetzen (ils ne peuvent point agir d'office,); daß sie lediglich in einem Rechtsstreite über Gegenstände des Civil-Rechts durch Abgebung ihrer Meinung thätig seyn können; und daß, wenn

---

Vergl. Montesquieu, de l'esprit des lois, L. 28. ch. 36. „de la partie publique.“

3) Répert. univ. T. II. p. 169. s. v. Chambre des avoués.

sie es unternehmen sollten, selbst vorzuladen, Appellationen und Oppositionen einzulegen, sie zurückgewiesen werden müßten.

Von jener allgemeinen Regel läßt die französische Gesetzgebung nur folgende Ausnahmen [4]) zu:

1. Das öffentliche Ministerium hat die Befugniß, Ehen, welche gegen das Gesetz eingegangen sind, annulliren zu lassen (Art. 184. 190. C. N.); [5])
2. es kann darum nachsuchen, daß die Kinder geschiedener Ehegatten einem andern, als demjenigen derselben, welcher die Scheidung auswirkte, oder auch selbst einer dritten Person, anvertraut werden (Art. 302. C. N.);
3. es muß, wenn, im Falle der Raserei einer Person, weder der Ehegatte, noch die Verwandten, auf Interdiction antragen, dieses selbst thun; auch kann es dies, im Fall des

---

4) Es ist als keine Ausnahme von der Regel anzusehen, wenn das ministère public, z. B., gegen ministerielle Beamten, welche ihre Pflichten versäumen, ex officio auftritt und die gesetzlichen Censuren oder Strafen gegen sie zur Anwendung zu bringen sucht. Dergleichen Anklagen folgen aus der Disciplinar-Aufsicht des öffentlichen Ministerii über die ministeriellen Beamten, und sind von Civil-Sachen sehr verschieden. Vergl. Merlin, rép. T. II. p. 169. s. v. chambre des avoués. Jurisprudence du C. N., T. IX. p. 480.

5) Ueber die ältere französische Gesetzgebung in dieser Materie vergl. Merlin rép. s. v. mariage, sect. VI. T. VIII. p. 67.

Wahnsinnes oder der Verstandesschwäche, wenn die daran leidende Person weder einen Ehegatten noch einen bekannten Verwandten hat (Art. 491. C. N.).

Außer in diesen drei Fällen ändert das Gesetzbuch Napoleons nichts an der allgemeinen, durch das Gesetz vom 24sten August 1790 festgestellten Regel ab, welche man auch in dem kayserlichen Decrete vom 26sten Prairial des Jahres XIII, wodurch, nach der Publication des C. N., die Justiz auf französischen Fuß in dem Herzogthum Parma organisirt wurde, wiederfindet 6).

Wie strenge aber die französischen Gerichte, und vorzüglich der Cassations-Hof zu Paris, auf die Beobachtung jener gesetzlichen Vorschriften und die Beschränkung des öffentlichen Ministerii in jenen drei Ausnahmen halten, zeigen mehrere Beispiele, wo dasselbe mit Klagen, welche an sich sehr gerecht und in höchstem Grade begründet waren, deßwegen lediglich zurückgewiesen wurde, weil dieses Klagrecht nicht ihm, sondern nur den Privat-Parteien, zustand.

So erkannte, z. B., der Cassations-Hof am 26sten August 1807, als ein kayserlicher Procurator gegen eine sehr gesetzwidrige Homologation eines Familienraths-Beschlusses die Appellation an

---

6) Merlin, in einem Vortrage vor dem Cassations-Hofe zu Paris. Jurispr. du C. N. T. IX. S. 415.

den Appellations-Hof zu Rouen zur Hand genommen, und dieser, gegen die Conclusionen des bei ihm angestellten General-Procurators (welcher die Appellation fortsetzte und um Reformation des vorigen Urtheils bath), ein bestätigendes Erkenntniß erließ:

„In Erwägung, daß der kayserliche Procurator bei dem Tribunale 1ster Instanz zu Neufchatel die Pflichten seines Amtes erfüllte, als er seine Conclusionen dahin richtete, daß das Tribunal den fraglichen Familienraths-Beschluß seine Homologation versagen möge; daß er aber die ihm ertheilte Gewalt von dem Augenblicke an überschritt, da er die Appellation gegen das Homologations-Erkenntniß zur Hand nahm, indem ihm das Gesetz, in diesem Falle, jede Klage verweigert; daß eben diese Uebertretung eingeräumter Gewalt ferner Statt hatte, als der General-Procurator bei dem Appellations-Hofe zu Rouen die Appellation fortsetzte, und als das Gericht hierauf ein Erkenntniß abgab; . . . . . . cassirt . . .“ 7).

---

7) Jurispr. du C. N. T. IX. p. 416. Ebendaselbst, T. VI. p. 10, findet sich ein gerichtlicher Vortrag des Procureur-General-Subst. des Appellations-Hofes zu Brüssel, welchen eine Partei, in einer Sache, worin die Vernichtigung einer Civilstands-Acte gefordert wurde, zu ihrer förmlichen Gegenpartei in der Appellations-Instanz machen wollte, worin eben diese Grundsätze ausgedrückt sind. „En cette matière,“ sagte jener, „comme en toutes autres, où la loi appelle l'intervention du ministère public, il n'a que

Zweifelhaft könnte es zwar scheinen, ob diese Jurisprudenz nicht durch die neueste französische Gesetzgebung abgeändert sey, indem sich in dem Gesetze vom 20sten April 1810, über die Organisation des Rechtsganges und der Justiz-Pflege, im 46sten Art. die Vorschrift findet:

„Le ministère public surveille l'exécution des „loix, des arrêts et des jugemens; il pour-„suit d'office cette exécution dans les dispo-„sitions qui interessent l'ordre public.“

Aber auch diese Zweifel müssen verschwinden, wenn man erwägt, daß eben der angeführte Artikel die bisherige Beschränkung, gleichsam für jede mögliche Mißdeutung besorgt, in den Worten:

„En matière civile le ministère public agit „d'office *dans les cas spécifies par la loi.*“

vorausſendet.

Also, obgleich dem öffentlichen Ministerium die Gewalt eingeräumt ist, von Amts wegen auf die Vollziehung aller Gesetze, welche die öffentliche Ordnung angehen, anzutragen: so verweigert ihm doch, in Civil-Sachen, das Gesetz dieserhalb eine besondere Klage; nur als Neben-Partei vermag es aufzutreten, des Gesetzes Handhabung verlangend, und höchsten Falls, wenn dieses von

---

des conclusions à donner, c'est-à-dire une opinion à énoncer, non dans l'interêt des parties, mais dans l'interêt public.“

dem Richter, nach seiner, des öffentlichen Ministerii, Meinung, verletzt wird, dieß der ihm vorgesetzten Behörde zu melden, damit diese, nöthigen Falls, die Cassation [8]) des gesetzwidrigen Erkenntnisses, bloß zum Vortheil des Gesetzes, auswirke. Hierdurch geschieht dem Gesetze Genüge, die Parteien verlangten kein anderes Erkenntniß, in Hinsicht ihrer gilt es als ein Vergleich [9]).

Wenn also nur in drei Fällen, in Civil-Sachen, die französische Jurisprudenz dem öffentlichen Ministerium eine Klage gestattet, sie ihm in allen übrigen verweigernd: ist es denn nicht wenigstens erlaubt, diese drei Fälle analogisch auf ähnliche Verhältnisse auszudehnen, und dem öffentlichen Ministerium da gleichfalls eine Klage einzuräumen,

---

8) Die französische Jurisprudenz kennt auch eine Appellation dans l'interêt de la loi: S. Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Brüssel, d. d. 11ten August 1807. „La cour . . . . infirme le jugement dont est appel, dans l'interêt de la loi néanmoins, et notamment quand aux liens d'affinité résultant entre le Sr. et la famille de feue Marie D.... Ordonne qu'à la diligence de Mr. le Procureur-général impérial le présent arrêt sera transcrit aux régistres de l'état civil de la dite ville, en marge du jugement du 11. août 1807, y annoté." Jurispr. du Code Nap. T. XI. p. 344.

Vergl. jedoch Sirey, jurispr. de la cour de cass. 1810. X. cah. 10. p. 358 und Oesterley's Magazin T. IV. St. I. S. 94., woraus das Gegentheil zu erhellen scheint.

9) Gesetz vom 27sten Ventose des Jahres 8. Art. 88. Vergl. Praticien fr. T. I. p. 62.

wo gleiche Gründe des öffentlichen Nutzens gleiche Verfügungen wünschenswerth machen? —

Ich halte dieses, bei den bestimmten Vorschriften der franz. Gesetze, für unerlaubt. Wo sind ganz gleiche Rechtsverhältnisse? — hat nicht jedes seine eigene, obgleich von der andern vielleicht nur wenig abweichende, Natur? — Der Gesetzgeber überließ freilich dem Richter, da, wo das positive Gesetz schweigt, das frühste aller Gesetze zur Anwendung zu bringen, damit keine Partei, zurückgewiesen mangelnder Gesetze wegen, ungerichtet von seinem Tribunale sich zu entfernen gezwungen sey: aber berechtiget uns dieses, durch neuersonnene Ausnahmen, der Gesetze allgemeine Vorschriften zu schwächen? Analogisch scheint die Ausnahme auf einen zweiten Fall zu passen: die Jurisprudenz nimmt die gewünschte Ausdehnung an; aber der zweite Fall hat wieder, oder scheint zu haben, die größte Aehnlichkeit mit dem dritten: auch auf diesen wird die Ausnahme angewendet. So schreitet sie fort, die ausdehnende Jurisprudenz, und am Ende wurden der Ausnahmen so viele, daß von dem Gesetze nichts als dessen leerer Schatten übrigblieb, ein warnendes Beispiel für den Gesetzgeber, alle analogische Ausdehnungen zum Voraus zu verbiethen [10]).

---

10) Une seule fois flèchir la loi, c'est la forcer à flèchir bien-tôt encore d'avantage. (Merlin.)

Nach diesen Voraussendungen wird der Leser leicht errathen, wie ich, nach französischen Gesetzen, die Frage beantworte:

Hat das öffentliche Ministerium die Berechtigung, gegen Erkenntnisse, welche gegen die Gesetze die Ehescheidung zulassen, die Appellation zur Hand zu nehmen, wenn die Parteien solches unterlassen? —

Ich beantworte diese Frage mit Nein. Nur die Berechtigung nichtige Ehen anzufechten, ertheilte das Gesetz, nicht die, Rechtsmittel gegen nichtige Ehescheidungs-Erkenntnisse, welche auf Klagen, die sich auf bestimmte Ursachen gründen, erfolgen, einzulegen.

Bedeutend ist auch der Unterschied beider Verhältnisse. Nichtige Ehen sucht das öffentliche Ministerium zu trennen, weil, wenn der Staat hier nicht als Kläger aufträte, sie, (wenn nicht ein Privat-Interesse durch sie zufällig verletzt wird) ohne Verfolger bleiben würden. Träte der Staat nicht als Kläger auf, so wäre auch kein Richter da, indem dieser von Amts wegen zu verfahren durch das Wesen seiner Institution gehindert wird. Wie weit ist der zweite Fall von diesem unterschieden! Hier ist ein Kläger, welcher selbstständig seine Gerechtsame verfolgt; hier ist ein Beklagter, welcher sich vertheidigt, oder doch, wenigstens, sich zu vertheidigen im Stande ist;

hier ist bereits ein Richter, welcher die Gesetze zu kennen und gewissenhaft anwenden zu wollen die Vermuthung für sich hat. Freilich steht ihm das öffentliche Ministerium gegen über. Es fordert, und der Richter erkennt die Forderungen vielleicht nicht an. Aber wer hat Recht? — Mußte nicht das Gesetz vermuthen: wenn des Richters Ausspruch von den Parteien nicht angefochten wird, dann hatte der Richter Recht. Müssen aber des Gesetzes Aussprüche nicht nach Vermuthungen, die aus der Sachen Natur, und dem, was am meisten geschieht, hervorgehen, bestimmt werden? [11]) — Ist nun noch eine Aehnlichkeit zwischen dem ersten und dem zweiten Falle vorhanden? Ich behaupte: eine nur sehr entfernte.

Mit diesen Behauptungen stimmt auch die französische Jurisprudenz völlig überein: nur in dem Falle, wo es auf Vernichtung nichtiger Ehen ankömmt, nicht aber, wenn eine Ehe, gegen seine Conclusionen, getrennt werden soll, gestattet sie dem öffentlichen Ministerium eine Klage [12]).

---

11) L. 3. D. de legib. „Jura constitui opportet, vt dixit Theophrastus, in his quae ἐπὶ τὸ πλεῖστον, id est, vt plurimum, accidunt; non quae ἐκ παραλόγου, id est, ex inopinato.“

12) Si l'on est forcé de convenir (sagte ein französischer Rechtsgelehrter, Jurisprudence du code Nap. T. XI. p. 341.) que l'art. 190 établit une exception au principe général, il faut la restrindre dans son cas particulier;

Ganz andere Verhältnisse treten hingegen in dem Ehescheidungs-Verfahren wegen wechselseitiger Einwilligung ein. In diesem giebt es keinen Kläger und keinen Beklagten, sondern, statt dieser, zwei Personen, die, obgleich

---

ainsi lorsque le mariage sera célebré, le ministère public formera, s'il veut, sa demande en nullité, et alors, s'il n'est point fondé, du moins sera-t-il redevable dans cette demande. Mais ici il ne veut pas faire annuller, il veut, au-contraire, maintenir un mariage existant; il a un intérêt tout-à-fait opposé, tout contraire à celui que lui dicte l'art. 190, par consequent il ne peut ici agir en vertu de l'exception portée par cet article.“ Dieß Raisonnement scheint mir unwiderleglich; doch war es in dem Falle, worauf es gerichtet war, nicht völlig angemessen, weil die Nichtigerklärung der Ehe, (welche das ministère public aufrecht erhalten wollte) dazu dienen sollte, eine verbothene Verbindung einzugehen, daher der Appellations-Hof zu Brüssel, vor dem jene Vertheidigung Statt hatte, erkannte:

„Attendu que le pouvoir de demander la nullité d'un mariage, fait en contravention à l'art. 162, contient celui en conservation du titre, en l'absence duquel la loi pourroit être violée dans ses rapports avec l'intérêt politique et les moeurs . . . . reçoit le procureur-général appellant . . . Geschah jedoch die Trennung einer gültigen Ehe auf den Grund eines falschen Documents, so steht es, auch nach der französischen Jurisprudenz, dem öffentlichen Ministerium zu, darauf anzutragen, (nach dem von der Criminal-Behörde die Falschheit jenes Documents constatirt war) daß das nunmehr nicht begründete Trennungs-Erkenntniß aufgehoben, und die getrennte Ehe wieder hergestellt werde. S. Oesterley's Magazin Th. IV. S. 380. Nro. 5. Der daselbst erzählte Fall ist aus dem Journal du Barreau 1809. No. 12. p. 365 genommen.

auf das Aeußerste in ihren Willens-Aeußerungen verschieden, doch darin auf das Vollständigste harmonisch denken, daß sie die Bande, welche sie an einander knüpfen, beiderseits für unerträglich halten, und daher deren Auflösung, durch ein gemeinschaftliches Gesuch, von dem Richter zu erwirken trachten. Der natürliche Widersprecher dieser Nachsuchenden ist, da sie etwas zu erwirken die Absicht haben, das stets als eine große Anomalie angesehen werden muß, der Vertheidiger der Gesetze, das öffentliche Ministerium. Dieses erscheint hier also nicht Neben-, sondern vom Anfang des Verfahrens an, als Haupt-Partei. Als eine solche handelt es, nach der Vorschrift der Art. 288 und 299 des C. N. Auch macht es keinen Antrag in der gewöhnlichen Form, sondern völlig kathegorisch redend: „Das Gesetz erlaubt", oder, „das Gesetz verhindert." — Adoptirte nun das Gericht diese Conclusionen des öffentlichen Ministeriums nicht; ließe es die Ehescheidung zu, und verwiese die Parteien an den Beamten des Personenstandes, um die Ehescheidung auszusprechen, wenn der Procurator des Königs dahin concludirt hätte: „das Gesetz verhindert"; so würde, da die nachsuchenden Theile beiderseits das Ziel ihrer Wünsche erreichten, gar keine Berufungs-Instanz und Untersuchung der Gesetzmäßigkeit dieses Ausspruchs, denklich seyn, wenn das öffentliche Ministerium

nicht die Appellation einlegen durfte. Gleichwie also, wenn die nachsuchenden Parteien mit ihrem Gesuche abgewiesen wurden, diesen, nach Maasgabe des Art. 291 C. N., freisteht, ihre Prätensionen bei dem Oberrichter zu verfolgen; so muß dieses auch (obgleich nicht ausdrücklich von dem Gesetze gesagt) dem öffentlichen Ministerium freistehen. Es folgt dies aus der Natur der Sache und aus dem Umstande, daß in dem gegenwärtigen Falle das öffentliche Ministerium, obgleich nicht förmlich vorgeladen, da kein eigentlicher Rechtsstreit Statt hat, doch als eine die öffentliche Ordnung vertheidigende Haupt-Partei anzusehen ist. Eben dieses findet in Hinsicht der Cassations-Instanz Statt, wenn von dem Appellations-Hofe gegen die Conclusionen des öffentlichen Ministerii erkannt wurde. — Diese Theorie ist die der französischen Jurisprudenz, wie uns ein Erkenntniß des französischen Cassations-Hofes, d. d. 3ten October 1810, lehrt, wodurch, auf den Antrag Merlins, dieses Gericht ein Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Lüttich cassirte (und zwar nicht allein zum Vortheil des Gesetzes), wodurch dieses eine Ehescheidung, wegen wechselseitiger Einwilligung zugelassen hatte, wobei, in dem vorhergegangenen Verfahren, nicht alle Vorschriften des Gesetzes strenge erfüllt wurden [15].

---

15) Es hatten nemlich die Parteien, statt im 10ten, im 11ten

Aber wie ist die Anfangs aufgeworfene Frage nach westphälischen Gesetzen zu entscheiden?

Ich glaube, daß nach diesen man sie zu bejahen im Stande ist, und zwar aus folgenden Gründen:

Das Amt der königlichen Procuratoren ist bei uns nicht gerade in der Maße aufgenommen, wie es durch die letzte französische Gesetzgebung ausgebildet ist. Diese Gesetzgebung ist, außer dem Gesetzbuche Napoleons, uns gänzlich fremd. Mit großem Rechte folgen wir zwar dem leitenden Stern der französischen Jurisprudenz: doch nur dann, wenn wir seiner, um zu dem gewünschten Ziele zu gelangen, bedürfen. Ist es unsere Absicht, ein anderes Ziel, als dasjenige, wohin sie leiten würde, zu erreichen; bietet uns das andere Ziel für das Ganze größere Vortheile dar: so kann es uns nicht verwehrt, es muß vielmehr uns erlaubt seyn, jenen Leitstern zu verlassen, und, nach dem Compaß der gesunden Vernunft, und der Natur der bestehenden gesetzlichen Institute, uns selbst unsere Laufbahn zu suchen.

Monat ihre Einwilligung wiederholt, und deßwegen nicht das vorschriftmäßige Inventar gemacht, weil sie, in Hinsicht der Mobilien bereits getheilt hatten, und, in Hinsicht der Immobilien, in getheilten Gütern lebten. S. Sirey, jurispr. de la cour de cassat. T. XI. 1811. I. p. 1. cah. p. 8. Biblioth. du Barreau 1811. T. VI. No. 1. p. 36.

Wir empfingen das Amt der königlichen Procuratoren als ein idealisches Institut; nur in wenigen Grundsätzen wurde uns der Umfang desselben dargestellt. Der Art. 3 des königlichen Decrets, d. d. 27sten Januar 1808, der für die neue Justizverwaltung organischen Vorschrift, bestimmt:

„Die königlichen Procuratoren, und besonders „die General-Procuratoren, können bei den Gerichtshöfen und Tribunalen, bei denen sie angestellt sind, alles das von Amts wegen verlangen, „was unserm Dienste, oder dem öffentlichen Wohle „zum Besten gereicht, und was vor diese Gerichtshöfe und Tribunale gehört": — Durch kein Gesetz aber, welches ähnliche Bestimmungen, als das französische vom 24sten August 1790, enthielte, wurden diese Vorschriften entwickelt, oder die dem Institute im Ganzen zum Grunde liegende Idee in einzelnen Rechtsverhältnissen beschränkt. Warum sollte man daher dem öffentlichen Ministerium nicht die Befugniß einräumen können, in denjenigen Sachen, wo es zwar anfangs als Neben-Partei auftrat, insofern der Staat bei ihnen ein directes Interesse hat, dieses Interesse des Staats durch Rechtsmittel, als Hauptpartei, zu verfolgen, wenn es durch des Richters Ausspruch gekränkt erscheint, und wenn die Parteien selbst keine Rechtsmittel gegen denselben zur Hand nehmen? — Eine solche, dem öffentlichen Ministerium zugestandene Befugniß ist zwar gegen das,

uns fremde, Gesetz vom 20sten August 1790, nicht aber gegen das Wesen des Instituts selbst, sondern vielmehr diesem und der ältern französischen Jurisprudenz, welche durch das angeführte Gesetz abgeändert wurde [14]), gänzlich angemessen.

Keineswegs wird hierdurch dem öffentlichen Ministerio das Recht eingeräumt, unter dem Vorwande des öffentlichen Interesses, in Civil-Sachen als Hauptpartei aufzutreten. So wie in Frankreich, bleibt es auch in Westphalen in diesen Sachen stets Nebenpartei, so lange bis ein Richterspruch das öffentliche Interesse direct verletzt, dann, und zwar erst dann, wenn die Hauptparteien ihre Sache verlassen, und also die Execution der ausgesprochenen Sentenz, zum directen Nachtheile des Staats, zu befürchten steht, erhebt das öffentliche Ministerium seine Stimme, und sucht zu verhüthen, daß der drohende Nachtheil von dem gemeinen Wesen abgewendet werde.

Wollte man dem öffentlichen Ministerio dieses Recht nicht einräumen, dann würde oftmahl kein Mittel vorhanden seyn, die Herrschaft derjenigen

---

14) Jurisprudence du C. N. T. VI. p. 8. Praticien fr. T. I. p. 336.

So war auch der päpstliche Commissarius bei den geistlichen Officialat-Gerichten beauftragt, gegen Erkenntnisse, wodurch eine Ehe, in spiritueller Hinsicht, für nichtig erklärt wurde, stets die Appellation an die höhere Instanz zur Hand zu nehmen.

Gesetze, welche die öffentliche Ordnung speciel zum Vorwurfe haben, aufrecht zu erhalten [15]).

Wie deutlich sprachen nicht die Gesetze den Grundsatz, z. B., aus:

Nur aus bewiesenen, höchst triftigen Ursachen soll Ehescheidung Statt finden; [16]) keine Ausnahme findet bei dieser allgemeinen Regel Anwendung; denn in der nachgelassenen Scheidung aus wechselseitiger Uebereinkunft, setzt das Gesetz ebenfalls das Vorhandenseyn solcher Ursachen voraus, da ohne dieselben die Parteien sich schwerlich zu denjenigen Aufopferungen würden verstanden haben, die dasselbe als die vollständigste Garantie ansah, daß nur die höchste Noth die sich trennenden Gatten zu diesem Schritte führe. Das Gesetz fordert also stets den Beweis [17]) der Trennungs-Ursachen, entweder

15) In Frankreich findet man dieses Mittel in der Cassation au profit, oder dans l'interêt de la loi; einem Mittel, welches zwar in Westphalen nicht fremd ist, aber doch da, wo noch keine feste Jurisprudenz die Gerichte leiten kann, als unzureichend erscheinen muß. — Wie wahr ist übrigens nicht die Bemerkung Fox's (in der Geschichte der frühern Regierungszeit James II.) und wie sehr auch hier zu berücksichtigen: „Wie eitel und wie vermessen ist die Meinung, daß Gesetze Alles bewirken können, daß man nur auf Maaßregeln, nicht auf Menschen aufmerksam seyn müsse."

16) Vergl. in Hinsicht der vorigen Gesetzgebung Dabelow's Grundsätze des allgem. Eherechts, § 287.

17) Diese Jurisprudenz war ebenfalls schon in dem vormaligen Separations-Processe, an dessen Stelle größten

im ordentlichen Processe durch Zeugen, Documente und, als beide unterstützend, durch Eingeständniß, oder in einem außerordentlichen, länger als ein Jahr dauernden, Verfahren, durch Aufopferungen. Wenn nun der Richter, diesen so deutlich sich darstellenden Geist des Gesetzes verkennend, einem vielleicht unter den Parteien verabredeten Einverständnisse die Kraft eines vollkommen geführten Beweises beilegt, wenn man so gar aus mehrern auf einander folgenden Erkenntnissen abnimmt, daß eine solche, mit der vorigen Gesetzgebung vielleicht vollkommen übereinstimmende [18]), aber der neuen um so mehr widersprechende, Jurisprudenz bei einem Gerichte die herrschende zu werden droht: sollte man da dem Staate verweigern,

---

Theils der Ehescheidungs-Proceß getreten ist, beobachtet. „Du principe établi, que les séparations volontaires sont nulles, il suit naturellement qu'elles ne peuvent être valables, quoique faites de l'autorité du juge, si elles ne sont précédées d'une enquête qui constate les faits articulés par la femme.“ Merlin, rép. s. v. séparation de corps, § 3. No. 4. T. XI. p. 801.

18) Nichts ist gefährlicher, als die neue Legislation aus der alten Jurisprudenz ergänzen zu wollen, da beide aus so verschiedenen Gesichtspunkten ausgehen. Mit Recht nennt Montesquieu (Esprit de lois L. XXVIII. c. 39.) das aus einer solchen Zusammenstellung entstehende Gemisch: „Un code amphibie,“ indem er hinzusetzt: „Il est impossible de faire une bonne jurisprudence de deux jurisprudences contraires.“ Möge doch dieser Ausspruch des unsterblichen Mannes gewürdigt und verstanden werden!

die Reformation einer ihm in seinem heiligsten Interesse kränkenden Sentenz bei dem Oberrichter zu suchen, da die Parteien, eben dadurch, daß sie ihrer Sache Vertheidigung aufgaben, deutlich zeigen, daß unter ihnen Verabredungen Statt hatten, durch welche des Gesetzes vorgezeichnete Formen umgangen werden sollen? Ich glaube: Nein. Blieben aber ja noch Zweifel übrig, so müssen diese unstreitig verschwinden, wenn der Chef der Justiz-Verwaltung selbst auf eine solche Verfolgung der Gerechtsame des Gesetzes dringt [19]), und, indem er es anerkennt, daß hier in der französischen Jurisprudenz eine Lücke sey, annimmt, daß diese Lücke, nach der Analogie bestehender Gesetze, in unserm Vaterlande ausgefüllet werden müsse. Es kömmt hier nicht auf die Auslegung dunkler Gesetze an: diese gebührt dem Staats-Rathe; nicht auf die Gebung neuer Gesetze: diese steht lediglich der gesetzgebenden Gewalt zu [20]); sondern auf die Anwendung eines Instituts, aus dessen eigner Natur, auf Rechtsverhältnisse, welche in des Staates innerstes Leben eingreifen, zum Besten

---

19) S. die nachfolgende Rede des Hrn. General-Procurators Dr. Hagemann.

20) Vergl. das Schreiben des H. Justiz-Ministers d. d. 10ten Dec. 1809 in Oesterley's Magazin, Band II, S. 480.

des Staats selbst, und also der Gesammtheit der Bürger. Nur ein, aus einer fremden Gesetzgebung herrührender, Zweifel brauchte allenfalls beseitigt, keine Dunkelheit aufgehellet, kein neues Gesetz gegeben zu werden.

Obige Principien sind von dem Appellations-Hofe, am 14ten October 1811, in einer feierlichen Gerichtssitzung der vereinigten beiden Sectionen, in folgender Sache zur Anwendung gebracht.

Sophie Christine Brückmann, geb. Hessen, zu Magdeburg, stellte gegen ihren Ehemann, Andreas Brückmann, bei dem Tribunale 1ster Instanz zu Magdeburg eine Ehescheidung aus bestimmten Ursachen an. Diese Ursachen sollten in harten und grausamen Beleidigungen und Thätlichkeiten bestehen. Zum Beweise derselben hatte die Klägerinn Zeugen vorgeschlagen. Der Beklagte gestand in dem zur Instruction der Sache ordnungsmäßig abgehaltenen Termine die ihm Schuld gegebenen Injurien und Thätlichkeiten ein.

Hierauf erkannte am 25sten Junius 1811 das Tribunal, gegen den Antrag des öffentlichen Ministerii, welches darauf antrug, daß ein jugement d'admission zuzugeben, und der Klägerinn der Beweis der angeführten Sävitien aufzuerlegen sey:

„Daß die angebrachte Ehescheidungs-Klage für zulässig zu achten, und Klägerinn zu autorisiren, binnen gesetzlicher Frist u. s. w. die Trennung der Ehe aussprechen zu lassen."

Gegen dieses Erkenntniß legte der königliche Procurator zu Magdeburg, H. v. Fischer, die Appellation ein, welche von dem H. General-Procurator bei hiesigem Appellations-Hofe verfolgt wurde.

Dieses Gericht erkannte auch, nachdem der H. General-Procurator folgenden Vortrag in der feierlichen Gerichtssitzung gehalten, dessen Conclusionen völlig gemäß.

Vortrag

des Herrn General-Procurators Dr. Hagemann.

„Ich rede in der gegenwärtigen Sache nicht als Hülfs- sondern als Hauptpartei, nehme, vermöge der dem öffentlichen Ministerio, kraft der Gesetze, obliegenden Vertheidigung der öffentlichen Ordnung, in der, von dem königlichen Procurator des Tribunals zu Magdeburg gegen ein den 25sten Juni d. J. von gedachtem Tribunale in der Ehescheidungs-Klage der Brückmannschen Eheleute ausgesprochenes Erkenntniß, ergriffenen Appellation, das Wort, und richte meinen Antrag dahin: „der Appellations-Hof wolle, mit Bestätigung des die Klage an sich zulassenden Urtheils, aber unter Beiseitsetzung des zugleich abgegebenen Definitiverkenntnisses, der Mitappellatinn, der klagenden Ehefrau des Arbeitsmannes Brückmann, den Beweis der von ihr articulirten Be-

leidigungen und Mißhandlungen, die sie von ihrem Ehemanne angeblich erlitten haben will, auferlegen.

Es kömmt gegenwärtig auf die Entscheidung der Frage an:

ob das bloße Geständniß des Beklagten hinlänglich sey, die der Ehescheidungs-Klage zum Grunde gelegten bestimmten Ursachen also für erwiesen zu achten, daß auf jenes Zugeständniß derselben allein die Ehescheidung erkannt werden konnte.

Es sey mir erlaubt, zuvörderst die That-Umstände und die Proceß-Geschichte der gegenwärtigen Sache kürzlich darzustellen.

Die Klägerinn, des Arbeitsmannes Andreas Brückmann Ehefrau, geborne Hessen, ward mit demselben im Jahre 1801 verheirathet. Von vier in dieser Ehe erzeugten Kindern lebt nur noch eins. Seit zehn Jahren schon sollen die ehelichen Verhältnisse unglücklich für die Frau gewesen seyn. Besonders behauptet sie, daß ihr Ehemann sie nicht nur mit den empfindlichsten und beleidigendsten Schimpfworten: „......" belegt, sondern sie auch zu wiederholten Mahlen so heftig geschlagen habe, daß sie, um fernern lebensgefährlichen Mißhandlungen zu entgehen, habe flüchten und bei andern Leuten Schutz suchen müssen. Auf diese Gründe gestützt, erhob sie bei dem Districtstribunale zu Magdeburg eine Ehescheidungs-Klage, schlug, zur

Bewahrheitung der angeführten Verbal- und Realinjurien, und besonders über den Umstand, „daß der Beklagte sich dem Trunke ergeben, und in der Trunkenheit jene Mißhandlungen an ihr vollzogen habe", den Arbeitsmann Ehrhard, dessen Ehefrau und die Ehefrau des Töpfergesellen Wüsse als Zeugen vor, und bat: „die zwischen ihr und ihrem Ehemanne bestehende Ehe aufzulösen, die Ehetrennung durch den Beamten des Civilstandes aussprechen zu lassen, und den Beklagten, als alleinschuldigen Theil, in die Tragung und Erstattung der Kosten zu verurtheilen."

Nachdem die gewöhnliche Erlaubniß zur Vorladung ertheilt, die Versöhnung von dem Präsidenten und nachmahls vor dem Tribunale, bei verschlossenen Thüren, versucht, beide Theile aber zur Wiederaussöhnung gar nicht geneigt waren, und die Fortsetzung des Processes verlangten, erklärte der Beklagte persönlich, und im Beistande des ihm ex officio zugeordneten Anwaltes, Procurators Reinhardt, in der Audienz am 24sten Mai d. J., „daß er den ganzen Inhalt der Klage einräume „und namentlich eingestehe, daß er die Klägerinn, „auf die angegebene Art, geschimpft und geschla„gen habe, auch dazu durch seinen Hang zum „Trunke veranlaßt sey."

In der, zur Verhandlung und Entscheidung der Sache, am 25sten Juni d. J. Statt gehabten Audienz concludirte der Substitut des königlichen

Procurators dahin: „daß ein jugement d'admis-„sion abzugeben, und der Klägerinn der Beweis „der angeführten Sävitien aufzuerlegen sey." Nach erfolgter Berathschlagung erkannte jedoch das Tribunal zu Magdeburg am 25sten Juni d. J. also:

„In Erwägung, daß die von der Klägerinn „dem Beklagten beschuldigten Beleidigungen und „Mißhandlungen von demselben eingeräumt, und „solche von der Art sind, daß sie, nach Art. 231 „des Codex Napoleon, die Scheidung begründen — „erkennt: daß die angebrachte Ehescheidungs-Klage „für zulässig zu achten [21]), und Klägerinn, wie „hiedurch geschiehet, zu autorisiren, binnen ge-„setzlicher Frist, und nach beschrittener Rechtskraft „des Erkenntnisses, die Trennung der Ehe aus-„sprechen zu lassen, Beklagter auch die Proceßko-„sten zu erstatten schuldig sey."

Gegen dieses Erkenntniß hat das Ministerium publicum bei dem Districtstribunale zu Magdeburg am 25sten Juli d. J., mithin vor Ablauf der dreimonatlichen Appellations-Frist, das Rechtsmittel der Berufung an den hiesigen Appellations-Hof eingelegt, und die Einlegung den beiderseitigen Appellanten, am 29sten und 30sten Juni d. J.,

---

21) Vergl. Abhandl. IX, des 1sten Hefts über die Nothwendigkeit eines besondern Zulassungs-Erkenntnisses.

v. Str.

insinuiren lassen. Es setzt seine Beschwerden darin, daß:

1) der Klägerinn und Mitappellatinn nachgelassen ist, binnen gesetzlicher Frist und nach beschrittener Rechtskraft des Erkenntnisses, die Trennung der Ehe aussprechen zu lassen, und daß nicht vielmehr

2) derselben auferlegt wurde, Beweis über die Beleidigungen und Mißhandlungen zu führen, welche sie von ihrem Ehemanne angeblich erfahren haben will.

Ich habe diese von dem Procurator des Königs zu Magdeburg ergriffene Appellation, weil sie mir an sich zulässig und die Beschwerde sehr erheblich scheint, vor dem hiesigen Appellations-Hofe verfolgen zu müssen geglaubt. Bei den Fatalien und Formalien derselben ist kein Mangel [22]. Die Beurtheilung und Entscheidung der Sache selbst wird, wie ich glaube, von der Erörterung und Beantwortung folgender beiden Fragen abhängig seyn:

I. Hat das Ministère public die Befugniß, von Erkenntnissen in Ehescheidungsklagen als Mithauptpartei zu appelliren?

---

22) Da dem Ministère public wahrscheinlich das Urtheil nicht insinuirt war, so konnte, nach meinem Dafürhalten, noch nicht einmahl von dem Anfange des Laufs derselben die Rede seyn. Hiermit stimmt die französische Jurisprudenz überein. v. Str.

II. Ist das unterrichterliche Erkenntniß nichtig; oder ist wenigstens durch dasselbe übel geurtheilt?

Beide Fragen muß ich mit voller Ueberzeugung bejahen. In Hinsicht der ersten Frage habe ich die Ehre zu bemerken, daß das öffentliche Ministerium bei einem Civil-Processe entweder nur als Hülfs- oder als Hauptpartei interessirt ist. Als Hülfspartei ist dasselbe in der Regel in allen den Fällen zu betrachten, wo die Gesetze verordnen, daß die Sache, nachdem sie dem öffentlichen Ministerio mitgetheilt, nach geschehenen Vorträgen der Parteien, zur nachmahligen Darstellung der Thatsachen oder Rechtsgründe, von demselben, in der Audienz, erörtert werden soll. Größtentheils gehören in diese Kathegorie die Gegenstände, wo der § 44 der Proceß-Ordnung die Mittheilung an das Ministère public erheischt. In allen diesen Fällen kann dasselbe sein Amt nur im Wege der Requisition, d. h. durch Anträge und Conclusionen, ausüben. Es handelt hier lediglich als Organ der Gesetze; nur in dieser Eigenschaft tritt es hier auf, und kann mithin in Sachen, welche, z. B., die Gemeinden, Minderjährige, milde Stiftungen, die Ehefrauen, das Staatseigenthum und solche Gegenstände betreffen, die nur mittelbar das öffentliche Interesse berühren, nie in eigenem Namen in den Rechtsstreit verwickelt

werden. Wird daher, gegen den Antrag des öffentlichen Ministeriums, in dergleichen Sachen ein Kläger mit seiner Klage abgewiesen, ein Beklagter verurtheilt, oder sonst eine Verfügung vom Gericht erlassen: so kann dasselbe gegen das Erkenntniß weder die Appellation ergreifen, noch sich der indirecten Opposition bedienen, weil es, in Hinsicht auf sein Amt, durch ein solches Erkenntniß gar nicht benachtheiligt wird. Wollte das Ministère public von solchen Rechtsmitteln Gebrauch machen, so würde es sich dadurch zur Hauptpartei erheben, in die Privatrechte oder persönlichen Verhältnisse der streitenden Theile selbst eingreifen, und mithin seine Gewalt überschreiten. Unbedenklich müßte ein solches Rechtsmittel, als ganz unzulässig, verworfen, oder, wenn es zugelassen wäre, auf den Antrag der dadurch benachtheiligten Civilpartei, cassirt werden. In allen Sachen also, wo das öffentliche Ministerium nur als Hülfspartei auftritt, hat es die Pflichten seines Amts erfüllt, sobald es seinen mit Gründen unterstützten Antrag, im Wege der Requisition, gemacht hat. Der Procurator des Königs, welcher es versuchen wollte, auf dem Wege der, nur den Parteien selbst gestatteten, Rechtsmittel, zu zeigen, daß vom Tribunale übel, oder unbillig, geurtheilt sey, — der Generalprocurator, welcher das Rechtsmittel bei dem Appellations-Hofe verfolgen, — und der Appellations-

Hof selbst, der ein solches Rechtsmittel annehmen wollte, würden unstreitig die Grenzen ihrer Gewalt überschreiten, die Gesetze verletzen und ihr Verfahren der Cassation aussetzen. Nur die Macht steht dem öffentlichen Ministerio, als constitutionellem Wächter der Gesetze, überhaupt, und also auch in solchen Fällen, wo es bloß als partie jointe auftritt, zu, auf die Cassation solcher Urtheile, wodurch des Gesetzes klare Vorschrift verletzt wurde, anzutragen, und zu dem Ende sie dem Justiz-Minister zu denunciren, und dies selbst in den Fällen, wo die streitenden Theile bei einem solchen Erkenntnisse sich beruhigen. So kann unstreitig das öffentliche Ministerium auf die Cassation eines Urtheils antragen, welches nicht in der öffentlichen Audienz, oder von mehr [23]) oder weniger Richtern, als das Gesetz erfordert, ausgesprochen, wobei das Ministère public gesetzwidrig nicht gehört, oder bei dessen Abgebung sonst gegen eine bestimmte gesetzliche Vorschrift gehandelt ist. Aber durch

---

23) Bei meiner Anwesenheit zu Paris im Julius 1811 war vor dem Cassations-Gerichte eine Rechtssache, aus einem abgerissenen westphälischen Distrikte, rechtshängig, in welcher deshalb auf Cassation des Erkenntnisses angetragen war, weil der Präsident einen abwesenden Richter durch einen andern hatte vertreten lassen, obgleich, auch ohne den Abwesenden, die nöthige Zahl der Richter noch vorhanden war. Die Sache ward während meiner Anwesenheit nicht entschieden. v. Str.

eine in solchen Fällen erwirkte Cassation werden die Rechte der Parteien selbst nicht abgeändert; das cassirte Urtheil behält, in Rücksicht ihrer, seine volle Wirkung; lediglich zum Vortheil des Gesetzes, oder, wie es in der französischen Gerichtssprache heißt, „dans l'intérêt," oder „dans le profit de la loi," wird es cassirt. Bleibt nun gleich die Annullirung solcher gesetzwidriger Erkenntnisse auf die Rechte der streitenden Theile, wenn sie den Gebrauch der Rechtsmittel oder der Nichtigkeits-Klage unbenutzt lassen, oder versäumen, ohne allen Einfluß: so ist dennoch die Cassations-Klage, welche das öffentliche Ministerium wider ein gesetzverletzendes Erkenntniß zur Hand nimmt, von ganz entschiedenem Nutzen. Es wird dadurch die Achtsamkeit der Tribunäle auf die Gesetze unausgesetzt belebt; Einheit in den Richtersprüchen erhalten; die Regierung empfängt auf diesem Wege von den Mängeln und Gebrechen in der Justizverwaltung, oder von schwer zu lösenden Controversen, Kenntniß, die sie alsdann durch besondere Verfügungen, oder authentische Interpretationen, entfernen kann, und endlich können selbst andere Parteien dadurch veranlaßt werden, in gleichen Fällen das Rechtsmittel der Cassation zu gebrauchen, da die Beschlüsse des Cassations-Hofes zur öffentlichen Kunde kommen, und in die Register der Tribunäle neben den cassirten Erkenntnissen eingetragen werden müssen.

Ein ganz anderes Verhältniß findet aber Statt, wenn das öffentliche Ministerium als Hauptpartei in einem Rechtsstreite auftritt. Dann ist es sein Amt, im Wege der Klage oder Vertheidigung sich eben derjenigen gesetzlichen Befugnisse, als jede andere Partei, zu bedienen, und es kann mithin alle zulässigen Rechtsmittel, der Opposition, Restitution, Appellation und Cassation, zum Angriff oder zur Vertheidigung, mit demselben Rechtseffecte gebrauchen, wie jeder andere Privat-Kläger oder Verklagte.

Aber in welchen Fällen, frägt es sich, ist denn das Ministère public Hauptpartei bei einem Civil-Processe? — Da, wo das Gesetz demselben das Recht ausdrücklich gestattet hat selbst als Partei aufzutreten, ist die Sache von selbst klar; aber in den Fällen, wo eine solche bestimmte Sanction des Gesetzes fehlt, hat die Beurtheilung und Entscheidung dieser Frage allerdings Schwierigkeiten. Diese lassen sich indeß heben, wenn man den Grundsatz annimmt:

„daß dem öffentlichen Ministerio in allen Fällen ein Klagerecht zusteht, wo kein bloß bürgerliches Interesse, oder der Privatvortheil der streitenden Theile allein, obwaltet; sondern wo zugleich das allgemeine Wohl und das Staats-Interesse unmittelbar mit zur Sprache kömmt, und darin wesentlich verwickelt ist."

Hieraus ergiebt sich folgender Unterschied: das öffentliche Ministerium ist entweder gleich im Anfange des Processes Hauptpartei, oder es wird erst im Fortgange des Rechtsstreits Mitpartei und Gegner. Ersteres tritt ein, wenn das Klagrecht dem öffentlichen Ministerio in den Gesetzen ausdrücklich zugestanden wird; z. B. in Sachen, welche die königlichen Domainen, den Kronschatz, Aufhebung gesetzwidrig geschlossener Ehen, Interdiction eines Rasenden [24]) u. s. f. betreffen; letzteres hingegen ist der Fall, wenn die Vertheidigung der Sache zwar zunächst und vorzüglich der Civilpartei obliegt, das öffentliche Ministerium aber, in Rücksicht eines unmittelbaren und wesentlichen Staats-Interesses, in dieselbe mit verwickelt ist. Hier wird es, nach der Natur seiner Institution und dem Geiste der Gesetze, in dem Augenblicke Mitpartei, wo die ursprüngliche und eigentliche Hauptpartei in ihrer Vertheidigung etwas unterläßt, was sie, als gesetzwidrig oder gravirend, auf dem Wege der Rechtsmittel angreifen konnte; die unterlassene Verfolgung derselben aber dem Interesse des Staats wesentlich nachtheilig wird. Dann darf das öffentliche Ministerium, im eigenen Namen, als

24) C. N. Art. 184, 190, 191, 491. Ebenfalls gehört der im Art. 302, des C. N. bemerkte Fall hierher.

H.

Staats-Behörde, auftreten, seine Stimme erheben, und sich zum Gegner der Parteien, die ihr eigenes Interesse aufgeben, constituiren. So lange die letzteren es selbst verfolgen, hat das öffentliche Ministerium keine Veranlassung, als Mitpartei aufzutreten, und die Sache zu der seinigen zu machen.

Zu den Gegenständen der letzten Gattung sind nun, wie ich glaube, alle Fälle zu zählen, welche die öffentliche Ordnung in dem Grade betreffen, daß die, von den wahren Streitparteien unterlassene, Aufrechthaltung und Betreibung ihrer Gerechtsame im gesetzlichen Rechtsgange, auf den Staat unmittelbar nachtheilig zurückwirken würde, z. B. Incompetenzsachen ratione materiae, Verhaftungen, Civilstandssachen, u. s. w. Ganz vorzüglich gehören aber, wegen des ausgebreiteten Einflusses auf Staatswohl, die Ehesachen in diese Kathegorie, in sofern sie die Auflösung der Ehen, oder eine persönliche Trennung der Ehegatten, betreffen. Der Contract, wodurch eine eheliche Verbindung geschlossen wird, kann bekanntlich mit andern Verträgen nicht verglichen werden. Nicht die Ehegatten allein sind bei dem Ehecontracte interessirt, sondern auch die ganze bürgerliche Gesellschaft, die in der Festigkeit desselben ihre vorzüglichste Stütze findet. Die Schließungen und Trennungen der Ehen bezielen daher nicht den alleinigen Vortheil der Contrahenten, sondern zugleich

und hauptsächlich die Erhaltung der öffentlichen Ordnung: welches die Gesetzgebung aller Zeiten veranlaßte, bei der Eingehung oder Auflösung des Ehecontracts, der Willkühr der Parteien gewisse Schranken zu setzen. Das öffentliche Ministerium soll darüber wachen, daß diese nicht überschritten werden. Unsere neueste Legislation hat insonderheit die Handhabung und Wachsamkeit über die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften, in diesem Theile der öffentlichen Ordnung, dem Einflusse und der Wirksamkeit des öffentlichen Ministeriums anvertrauet. Es ist beauftragt, jede Ehe, die den Gesetzen zuwider abgeschlossen ist, anzufechten und auf ihre Annullation anzutragen [25]). Ist es, wie niemand leugnen wird, ein Grundsatz der öffentlichen Ordnung, die Aufhebung gesetzwidrig geschlossener Ehen durch das öffentliche Ministerium zu bewirken, und ihm zu dem Zwecke ein Klagrecht beizulegen; so muß noch weit mehr die Aufrechthaltung der Ehen, nach einer vernünftigen Analogie, ein Grundsatz der öffentlichen Ordnung seyn, und mithin dem Ministère public das Recht zustehen, im Wege der Klage, eine Ehe aufrecht zu erhalten, die der Staat als rechtsgültig anerkennt, und deren Auflösung er nur dann zulassen kann und will, wenn alle die Bedingungen vor-

---

25) C. N. Art. 184 und 190. Grollmann Handbuch II. 320. H.

handen und erfüllt sind, welche das Gesetz, bei der Zulässigkeit der Ehetrennungen, erfordert und voraussetzt. Unstreitig muß daher das öffentliche Ministerium als der gesetzliche Contradictor bei Eheklagen betrachtet werden [26]. Es kann in dieser Eigenschaft alle Gründe wider die Zulässigkeit einer Ehescheidungs-Klage geltend machen; im Namen des Staats einem Ehescheidungserkenntnisse widersprechen, wodurch der Gesellschaft ein Aergerniß gegeben wird, und die Aufrechthaltung der Ehe, im gesetzmäßigen Wege, selbst gegen die Ehegatten bewirken, und sich zu ihrem Gegner constituiren, wenn sie sich bei einem Rechtsspruche beruhigen wollen, der ihre Ehetrennung gesetzwidrig zuläßt. Um das Klagrecht des Staats und des Gesetzes aufrecht zu erhalten, und das Aergerniß der verletzten öffentlichen Ordnung zu verhüten, bleibt dem öffentlichen Ministerium nur das einzige Mittel übrig, als Gegner aufzutreten und durch Einlegung und Verfolgung der Appellation die Execution eines solchen Erkenntnisses zu verhindern, wobei sich die Ehegatten selbst beruhigen, und wo, mit eingetretener Rechtskraft, die erkannte Scheidung unter ihnen gültig und verbindlich werden würde. Die Appellation des öffentlichen Ministerii muß also, weil sie der allge-

---

26) Laussaulx, Commentar über den C. N. II. 79.

H.

meinen Ordnung wichtig und das einzige wirksame Mittel unter solchen Umständen ist, zugelassen werden. Sollte ein solches Erkenntniß, wie das jetzt angegriffene, bloß zum Vortheil des Gesetzes cassirt oder annullirt werden können; so würde eine Ehe aufgelöst werden, die nicht getrennt werden durfte, und jeder Ehegatte würde eine neue schließen können, die gesetzwidrig und nichtig wäre. Offenbar würde das Gesetz, ganz gegen seine Absicht, den Ehegatten behülflich seyn, durch ihre Einwilligung, ihr Stillschweigen und Geständniß der Ehescheidungs-Ursachen, sich trennen zu können, so oft es den Tribunalen belieben möchte, die Ehescheidungs-Ursachen, ohne vollen Beweis, wie ihn das Gesetz erfordert, für erwiesen anzunehmen. Dem öffentlichen Ministerio ist gesetzlich die Gewalt beigelegt, alle Unordnungen, welche den Staat beleidigen, zu verfolgen, und dieses selbst in Civilsachen. — Diese Ansicht der Sache mag übrigens nach den besondern Gesetzen und der Jurisprudenz Frankreichs vielleicht zweifelhaft seyn; aber nach den unsrigen halte ich sie für vollkommen richtig. In Frankreich bestimmt das Gesetz vom 24sten August 1790 die Attributionen des Ministère public ziemlich genau, und setzt fest [27], daß demselben in Civilsachen, und so oft eine Civilpartei auftritt, nur ein Requisitions-

27) Art. 2.

aber kein Klagrecht zustehen soll. Die, im Coder Napoleon bestimmten, Fälle, wo dem Ministerio publico ein Klagrecht eingeräumt wird [28]), halten daher einige französische Rechtsgelehrte für solche limitative Ausnahmen jenes Gesetzes, daß man sich keine ausdehnende Erklärung derselben erlauben dürfe [29]). Indeß sind doch weder alle franz. Gerichtshöfe, noch Rechtsgelehrten dieser strengen Meinung; vielmehr räumen einige derselben dem Ministerio publico, auch zur Aufrechthaltung der Ehen, ein Klagrecht ein [30]).

In Westphalen ist das Gesetz vom 24sten August 1790 nicht recipirt, und mithin dürfen uns hier, bei fehlenden besondern Vorschriften, nur Analogie und Autoritäten leiten. Jene habe ich bereits vorhin zu entwickeln gesucht, diese erlaube ich mir noch kürzlich anzuführen. — Nicht nur angesehene Schriftsteller über unsere jetzige Rechtswissenschaft [31]), sondern selbst der Herr Ju-

28) Art. 184, 190, 191, 302, 491. H.

29) Jurisprudence du C. N. Tom. IX. p. 415. H.

30) So reformirte z. B. der Appellationshof zu Brüssel, am 8ten April 1808, ein Ehescheidungs-Erkenntniß, jedoch nur zum Vortheil des Gesetzes. Lassaulx Annalen I. 298. Jurisprudence du C. N. XI. pag. 344. M. s. auch Lassaulx, Commentar über den C. N. I. 277, 300. Mémorial du Conseil de jurisprudence, Tom. II. p. 311 ff. H.

31) H. Präsident von Strombeck, in der Rechtswissenschaft, I. 90. H.

stizminister des Königreichs, sind der von mir vertheidigten Meinung. Die Schreiben des letzteren können freilich in keinem Falle als Gesetze betrachtet werden; aber sie dienen doch unstreitig zur doctrinellen Interpretation, und dürfen immer als eine bedeutende Autorität angeführt werden. In einem Schreiben vom 29sten Mai d. J.[32]) giebt derselbe den Procuratoren des Königs auf, mit allem Nachdruck die Ehescheidungen wegen böslicher Verlassung zu bekämpfen, und, wenn sie dennoch aus diesem Grunde erkannt werden sollten, von solchen Erkenntnissen zu appelliren; mithin hauptsächlich auch über das Interesse der Parteien selbst urtheilen zu lassen. In einem andern, an mich unterm 22sten September d. J. abgelassenen, Schreiben sagt der Herr Justizminister ausdrücklich, daß ich als Hauptpartei agiren, und die Reformation solcher Urtheile, nicht bloß zum Vortheil des Gesetzes, sondern mit Effect gegen die Parteien selbst, nachsuchen müßte, wenn die Ehescheidung auf das bloße Geständniß des Beklagten erkannt wäre. Kein Zweifel also, daß das öffentliche Ministerium sowohl ein Interesse als die erforderlichen Qualitäten hat, von Erkenntnissen als Principal-Partei zu appelliren, wodurch Ehescheidungen gesetzlich zugelassen werden!

---

32) Abgedruckt in des H. Präsidenten von Strombeck Rechtswissenschaft, I. 256. H.

Ich glaube hiermit die erste Frage hinlänglich erörtert, und deren bejahende Beantwortung völlig gerechtfertiget zu haben.

Ich gehe daher zur Untersuchung der zweiten, nemlich der Frage über:

Ist die Sententia a qua nichtig, oder ist durch dieselbe wenigstens übel geurtheilt?

Auch diese Frage muß ich mit voller Ueberzeugung bejahen. Meine Gründe sind folgende:

1) das Gesetzbuch Napoleons hat die Ehescheidungen mehr erschweren als begünstigen, besonders aber jede Collusion unter den Ehegatten verhindern wollen, um durch Verabredung zu einer, wechselseitig gewünschten, Ehetrennung zu gelangen. Ungern läßt es die Ehescheidungen zu: daher sind dem Ehescheidungsprocesse die bestimmtesten Formen vorgeschrieben, und ganz vorzüglich erfordert das Gesetz strengen Beweis über die Wahrheit der angeführten, gesetzlich gebilligten, Scheidungsursachen;

2) ohne gehörigen Beweis der articulirten Thatsachen, welche als gesetzlich erlaubte Gründe zur Scheidung erfordert werden, hat keine Ehescheidung Statt. Unter die Beweismittel zählt der Codex Napoleon vorzüglich nur Zeugen und vom Beklagten anerkannte Urkunden. Das Geständniß des Beklagten soll, nach dem wahren Sinne des 244sten Artikels des Codex Napoleon, nur in sofern vom Richter berücksichtiget werden, als

es durch andere, erwiesene Umstände unterstützt und wahrscheinlich gemacht wird; und es kann mithin nur als Ergänzung des Beweises in Consideration kommen [33]).

3) Das bloße Geständniß, oder die Einräumung der Thatsachen, von Seiten des Beklagten, worauf die Scheidungsklage aus bestimmter Ursache sich stützt, kann also niemals als voller Beweis, ohne andere unterstützende und erwiesene Umstände, angesehen werden. Die Zulassung einer Ehescheidung, auf bloßes Geständniß der gesetzlichen Scheidungsursachen, würde offenbar den Character einer unzulässigen, eigenmächtigen Auflösung eines unter öffentlicher Autorität geknüpften Bandes annehmen; und die von dem Gesetze so schwer gemachten freiwilligen Scheidungen würden mit der größten Leichtigkeit, auf dem Wege des Geständnisses, durch den Leichtsinn, die Leidenschaften, oder das Sittenverderbniß der Ehegatten erreicht werden können. Sollte das bloße Eingeständniß einen vollen Beweis bewirken, so würden jene willkührlichen Trennungen bald in ärgerliche Gewohnheiten ausarten, Unordnungen in den Familien veranlassen: und wie könnte es fehlen, daß nicht alles dieses endlich auf den Staat selbst höchst nachtheilig zurückwirkte? [34]).

---

33) H. Präsident von Strombeck, Formulare, I. 69. H. Lassaulx, Commentar, II. 80. H.

34) Wir würden durch eine solche Jurisprudenz in die Zeiten

Diese Rücksichten erwägend, hat der Codex Napoleon dem bloßen Geständnisse — in andern Sachen Königinn des Beweises — bei Ehescheidungsklagen die Kraft eines vollen Beweises nicht einräumen wollen und können. Sehr treffend bemerkt daher Blanchard in der Note zu seiner Uebersetzuug von Malevilles Commentar I. 262. „Das bloße Geständniß des Beklagten kann zum Beweise der angeführten Thatsachen nicht hinreichen; dieses würde sonst eben so gut seyn, als die Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung, ohne alle Fomalitäten, erlauben.

4) In Ehescheidungssachen kann nicht bloß der Beklagte, sondern auch der Staat, welchen das Ministère public hierbei gesetzmäßig repräsentirt, seines wesentlichen Interesses wegen, strengen Beweis des Daseyns der gesetzlichen Scheidungsursache vom Kläger fordern. Das Geständniß richtet die Privat-Parteien und deren Interesse; aber es kann den Rechten des Staats, als einer

---

der antejustinianischen Gesetzgebung zurückkehren, wo das Divortium in der freien Willkühr der Parteien stand, die, wenn sie einig waren, von ihrer Trennung niemand Rechenschaft abzulegen brauchten. Dahingegen waren Ursachen zu einem Repudio nöthig. Es lag dieses in der Natur der Sache: das Divortium war eine wechselseitige, das Repudium nur eine einseitige Trennung eines Contracts, woraus beide Theile Rechte und Verbindlichkeiten hatten. Vergl. Montesquieu esprit des lois L. XVI. ch. 16.

v. Str.

besondern Partei im Ehescheidungsprocesse, nichts entziehen [35]).

Der Art. 1356 des Codex Napoleon, welcher dem gerichtlichen Eingeständnisse volle Kraft des Beweises wider den beilegt, der es abgelegt hat, setzt offenbar solche Privatrechte des Confitenten voraus, worüber er völlig frei und nach Willkühr disponiren konnte. Ueber die Auflösung der Ehe dürfen aber die Ehegatten, da der Ehevertrag auf die Erhaltung der öffentlichen Ordnung abzweckt, nach dem Art. 6 des Codex Napoleon, nicht beliebig verfügen, und die öffentliche Ordnung gestattet eine solche Auflösung nur dann, wenn die Bedingungen vollständig erwiesen sind, welche das Gesetz voraussetzt, um sie durch ein richterliches Erkenntniß zu erlauben.

Auch die Eidesdelation ist, nach den Art. 1358, 1359, 1360 des Codex Napoleon, in allen Gattungen von Streitigkeiten ein Beweismittel; aber im Ehescheidungsprocesse wird sie, aus

---

35) „Le mariage, comme tous les autres contrats, ne peut se former sans le consentement des parties: ce consentement en est la première condition, la condition la plus impéreusement exigée; sans ce consentement il n'y a pas de mariage. Cependant on ne doit pas confondre le contrat de mariage avec une foule d'autres actes qui tirent aussi leur existence du consentement des parties, mais qui, n'intéressant qu'elles, peuvent se dissoudre par une volonté contraire à celle qui les à formés.“ (Exposé de motifs). v. Str.

der eben angeführten Rücksicht, und nach der feststehenden Praxis des Appellationshofs, dennoch als Beweismittel verworfen [36]. Wider den Staat, der bei jedem Ehescheidungs-Processe Mitpartei, und dessen Interesse wesentlich darin verwickelt ist, da er keine Unordnungen dulden darf, die ihn beleidigen, kann also weder das bloße Eingeständniß, noch der verweigerte oder angenommene Eid, die Existenz der angeführten Ehescheidungsursachen vollständig erweisen. Nur agnoscirte Urkunden oder Zeugen läßt das Gesetz als Beweisstücke, selbst gegen den Staat, als Mitpartei, gelten, und wenn hierdurch, oder durch ein, sie unterstützendes Geständniß der Scheidungsgrund völlig klar dargelegt ist, und wenn der Richter seine Ueberzeugung von diesem Umstande durch ein Urtheil documentirte, erst dann hört der Staat auf, Personen, die er bisher als Eheleute anerkannte, ferner als solche zu betrachten und zu behandeln.

Hätte das Gesetz gewollt, daß das bloße Zugeständniß der Parteien vollen Beweis, auch gegen das Interesse des Staats, im Ehescheidungsprocesse abgeben sollte: so würde er darüber besonders sanctionirt haben; aber eine solche Vorschrift ermangelt gänzlich. Im Gegentheil zeigen uns die vielen Förmlichkeiten der Ehescheidung aus

---

36) H. Präsident von Strombeck, in seiner Rechtswissenschaft I. 86. H.

gegenseitiger Einwilligung (eines Instituts, welches, bewiese das Eingeständniß die Trennungs-Ursachen vollständig, gänzlich überflüssig gewesen wäre) und viele andere, den Scheidungsproceß betreffende Formen, daß es die Absicht der Gesetzgebung war, das Interesse des Staats bei Ehescheidungen selbstständig aufrecht zu erhalten, und allen etwanigen, von den Eheleuten dagegen zu machenden, Collusionen kräftigst zu begegnen.

Da also das Bekenntniß, im Sinne des Gesetzes, nur die Wirkung haben kann, zur Constatirung der Ursachen der Ehescheidung beizutragen; so darf der Richter auch weder seiner moralischen Ueberzeugung, die er von dem Werthe eines solchen bloßen Geständnisses etwa haben könnte, folgen; noch die Scheidung auf den Grundsatz: „iudici fit probatio“ stützen, um sie, auf ein bloßes Eingeständniß, für zulässig zu erklären.

5) Bestimmt der Art. 801 der bürgerlichen Proceßordnung: „der Richter soll in allen Fällen auf den Beweis der angeführten Thatsachen, wegen Absonderung der Güter, erkennen: das Eingeständniß des Ehemannes soll aber keinen Beweis abgeben, selbst wenn keine Gläubiger vorhanden wären.“ Diese Gesetzstelle kann man (ob ich gleich gern eingestehe, daß die bürgerliche Proceßordnung keine Norm in den auf ganz besondere Principien begründeten Ehescheidungs-Pro-

ceß abgebe) bei dem Ehescheidungs-Verfahren gewiß mit Recht analogisch anwenden. Darf nemlich das Eingeständniß des Beklagten bei der Güterabsonderung, welche viel unwichtiger als eine Ehescheidung ist, keinen Beweis abgeben, weil der Mann interessirt und verdächtig ist; um so weniger kann es bei einer so wichtigen Sache, als die Ehescheidung ist, hinreichen!

Endlich:

6) hat die Klägerinn selbst ihre angeführten Scheidungsgründe erweisen wollen, ihre Verpflichtung zum Beweise also anerkannt, und zu dem Ende Zeugen namhaft gemacht. In der Regel muß aber auf Beweis in Ehescheidungssachen interloquirt werden, weil das isolirte Eingeständniß des Beklagten (wie ich hinlänglich bereits gezeigt zu haben glaube) nichts beweist [37]). Diesen, in der Natur des Scheidungsprocesses liegenden, Grundsatz hat aber das Tribunal zu Magdeburg völlig verkannt, und, da es der bloßen Confession des Beklagten, mit gänzlicher Umgehung des anerbotenen Zeugenbeweises, volle Beweiskraft beilegte und die angeblichen Real- und Verbalinjurien für erwiesen erklärte, offenbar die Vorschrift des Art. 427 des Codex Napoleon verletzt; mithin nichtig, zum wenigsten übel geurtheilt; indem

---

37) H. Präsident von Strombeck a. a. O. I. 100 ff.
H.

es, ohne gehörigen Beweis der bestimmten Scheidungsursachen, sofort in der Hauptsache definitiv erkannte und die Klägerinn autorisirte, die Scheidung von dem Civilstandsbeamten aussprechen zu lassen.

Durch die bisherige Entwickelung der Thatumstände und Rechtsgründe, glaube ich die Beschwerde des königlichen Procurators bei dem Tribunale zu Magdeburg völlig gerechtfertiget zu haben, und bemerke nur noch, daß das Admissionserkenntniß selbst bestehen bleiben, und der Beklagte mit dem Gegenbeweise, der ihm kraft des Gesetzes gebührt, annoch gehört werden muß; da ich sein bloßes Geständniß als nicht existirend betrachte.

Ich wiederhole demnach meinen Antrag dahin:

daß es dem k. Appellationshofe gefällig seyn möge, das Admissionserkenntniß zu bestätigen; die Definitiv-Entscheidung des Tribunals zu Magdeburg vom 25sten Juni 1811 aber zu reformiren, und dahin zu interloquiren, daß die Klägerinn schuldig sey, vorgängig den Beweis der von ihrem Ehemanne angeblich erduldeten Verbal- und Realinjurien, den Gegenbeweis vorbehältlich, zu führen."

Erkenntniß, abgegeben in feierlicher Gerichtssitzung der vereinigten Sectionen [38]), am 14ten Oct. 1811.

---

38) Der erste Herr Präsident des Appellations-Hofes glaubte, eine Sache von der Wichtigkeit der gegenwärtigen, und wo-

Der Appellations-Hof:

Nach Ansicht des 3ten Art. des 4ten Titels des königlichen Decrets d. d. 27sten Januar 1808, der Art. 174 und 190 des Code Nap.

---

in über eine so bedeutende Frage, als diejenige ist: ob das öffentliche Ministerium selbstständig im Ehescheidungs-Processe appelliren könne, zu entscheiden war, der Berathschlagung der vereinigten Sectionen unterwerfen zu müssen, und machte daher von dem ihm zustehenden Rechte, diese zu einer feierlichen Gerichtssitzung zusammenzurufen, Gebrauch. Er befolgte hierbei gänzlich die Praxis der Gerichtshöfe Frankreichs, denen, bei Fällen von der Art des gegenwärtigen, die Vereinigung der Sectionen förmlich zur Pflicht gemacht ist. S. das kayserl. Decret, enthaltend eine Verordnung über die Organisation und den Dienst der kayserl. Gerichtshöfe vom 6ten Jul. 1810, Art. 61 ff. desgl. 7, in der Sammlung von Gesetzen, welche in den Depart. der Ober-Ems u. s. w. verkündet sind, Thl. II. S. 108. (Paris 1811. 16 Bände 8. deutsch und franz. in der kayserl. Druckerei gedruckt, Preis 3 Pistolen). Am vollständigsten findet man die Fälle, welche eine Versammlung der vereinigten Sectionen eines Appellations-Hofes zu einer feierlichen Audienz nothwendig machen, aufgezählt in dem provisorischen Reglement für den Dienst des kayserl. Gerichtshofs zu Hamburg, beschlossen in der Sitzung vom 3ten Sept. 1811, Art. 6. „Folgende Gegenstände werden in das Verzeichniß der solennen Sachen eingetragen, und in den großen Audienzen entschieden: Die Klagen gegen Richter wegen pflichtwidrigen Verfahrens, die Zurückweisungen nach der Cassation eines Urtheils, die Bitte um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Fälle der Stimmengleichheit, die Erörterungen des rechtlichen Zustandes (les questions d'état) zu welchen gehören: die Streitigkeiten wegen des Bürgerrechts, der Ehe, der Abstammung (filiation), angefochtene Adoptionen, Emancipationen, Ehescheidungen, Scheidungen von Tisch und Bett, absolute und modificirte Interdictionen, Rehabilita-

In Erwägung, daß das öffentliche Ministerium die Verpflichtung hat, über die Vollziehung der Gesetze zu wachen, und von Amts wegen diese Vollziehung in allen Verfügungen zu verfolgen, welche die öffentliche Ordnung angehen;

In Erwägung, daß von dem Gesetze dieses allgemeine Princip eine besondere Anwendung auf Ehe-Angelegenheiten erhalten hat, indem dem öffentlichen Ministerio die Verpflichtung auferlegt ist, jede den Verfügungen des 144sten, 147sten, 161sten, 162sten und 163sten Art. C. N. zuwider eingegangene Ehe von Amts wegen anzugreifen;

In Erwägung, daß nicht minder dem öffentlichen Wohle die Zulassung gesetzwidriger Trennungen als die der gesetzwidrigen Ehen entgegen ist, und daß also eben das allgemeine Princip, welches dem öffentlichen Ministerio die Verpflichtung auflegt, diese von Amts wegen anzufechten, ihm auch die Berechtigung ertheilen muß, sich jener zu widersetzen;

In Erwägung, daß diesem nicht entgegenste-

---

tionen, und überhaupt alle Sachen, welche der Gerichtshof, bei Vereinigung der beiden Civilkammern, für die große Audienz passend hält. — Die Receptionen, Eidesleistungen und Einregistrirungen, die nicht vor den vereinigten Kammern Statt haben können, geschehen in der großen Audienz. — Bei großen Audienzen tragen die Mitglieder des kayserl. Gerichtshofs das rothe Costüm. — Das öffentliche Ministerium wird immer bei den solennen Sachen angehört."

hen kann, daß die französische Jurisprudenz dem öffentlichen Ministerio nur in dem Falle ein Klagrecht ertheilt, wenn es darauf ankömmt, nichtige Ehen, nicht aber nichtige Ehescheidungs-Erkenntnisse, anzufechten, indem diese Jurisprudenz durch specielle beschränkende Gesetze, namentlich durch das Gesetz vom 24sten August 1790, begründet wird, welche Gesetze in Westphalen nie aufgenommen sind, daher denn die Pflichten und Rechte des öffentlichen Ministerii in solchem Reiche nicht nach diesen speciellen, hier fremden Gesetzen, sondern vielmehr aus seinem Wesen selbst und der Analogie recipirter Gesetze, in Ermangelung besonderer Verordnungen, zu determiniren sind:

Läßt den Procurator des Königs bei dem Civil-Tribunale zu Magdeburg mit den von ihm gegen das Erkenntniß dieses Gerichts, d. d. 25sten Juni 1811, eingelegten Appellation zu, und, in Betracht, daß der H. General-Procurator bei hiesigem Appellations-Hofe diese eingelegte Appellation verfolgt, und in heutiger Audienz zugleich in der Hauptsache seine Beschwerden entwickelt und seine Conclusionen vorgetragen hat;

Erkennt:

Nach Ansicht der Art. 244, 246, 247, 249. Code Nap.;

In Erwägung, daß wenn das Gesetz verordnet, daß über die Aeußerungen und Bemerkungen der Parteien, so wie über die von dem einen oder

andern Theile erfolgten Eingeständnisse, ein Protocoll im Ehescheidungs-Processe aufgenommen werden soll, hieraus allerdings folgt, daß des Gesetzes Meinung sey, daß diese Geständnisse von dem Richter, bei Abfassung des Erkenntnisses, zu berücksichtigen, indem sonst die Aufzeichnung solcher Eingeständnisse keinesweges verordnet seyn würde, daß aber die Berücksichtigung eines Eingeständnisses und der daraus herzunehmende volle Beweis sehr von einander unterschieden sind;

In Erwägung, daß eine nachgesuchte Ehescheidung nicht anders von dem Tribunale zugelassen werden kann, als wenn die Sache so weit instruiret ist, daß sie als zum Erkenntnisse vollkommen reif erscheint, daß man aber unmöglich (ohne Verletzung des bei dem Ehescheidungs-Verfahren so deutlich zum Grunde liegenden Princips, alle Verabredungen unter den Parteien unwirksam zu machen) annehmen kann, daß eine Ehescheidungs-Sache als völlig zum Spruche reif erscheine, wenn die Thatsachen, wodurch sie begründet werden soll, durch nichts weiter, als durch das Eingeständniß des Gegners dargethan sind, indem, bei einer solchen Voraussetzung, nichts leichter als ein Scheidungs-Erkenntniß, durch ein verabredetes Eingeständniß, zu erhalten stehen würde;

In Erwägung, daß wenn man die gewöhnliche gesetzliche Wirkung gerichtlicher Eingeständnisse auch in Ehescheidungs-Sachen würde annehmen

wollen, man auch zugleich den Parteien die Berechtigung, über die Dauer ihrer Ehe zu transigiren einräumen müßte, weil ein gerichtliches Eingeständniß nur alsdann Wirkung zu haben vermag, wenn die einräumende Partei über den Gegenstand des Rechtsstreits Vergleiche zu schließen berechtigt ist, eine solche Einräumung aber der Natur des Ehebündnisses und den Gesetzen gänzlich zuwider seyn würde;

In Erwägung, daß im Ehescheidungs-Processe das öffentliche Ministerium als Mit-Partei, im Namen des Staats, welcher bei Erhaltung der Ehen ein directes Interesse hat, erscheinet, und daß also einseitige Eingeständnisse schon deswegen keine vollständige Wirkung haben können, da die streitenden Parteien nicht allein domini litis sind;

In Erwägung, daß aus allem diesen folgt, daß wenn in Ehescheidungssachen Eingeständnisse, von Seiten des beklagten Theils, vorhanden sind, diese nur dann einen völligen Beweis begründen können, wenn sie durch Zeugen-Aussagen oder Documente unterstützt werden;

Daß also das Tribunal zu Magdeburg, indem es diese Grundsätze verkannte, und auf ein bloßes Eingeständniß der der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen ein Ehescheidungs-Erkenntniß begründete, den Gesetzen und ihrem Geiste entgegen handelte, und also nichtiger Weise erkannte:

Annullirt das von dem gedachten Gerichte am 25sten Juni d. J. abgegebene Erkenntniß, in sofern solches ein Mehreres als die darin ausgesprochene Zulassung der Klage zum Gegenstande hat, als in welcher Hinsicht dasselbe bei Kräften erhalten wird, und

Verordnet, nach Maasgabe des 247sten Art. des C. N., daß die Klägerinn zum Beweise der von ihr angeführten erheblichen Thatsachen, nemlich

1) daß Beklagter sie eine ***, *** und *** gescholten,

2) daß er sie auf eine ihrer Gesundheit und Leben gefährlich werdende Weise geschlagen,

3) daß sie, um sich solchen Mißhandlungen zu entziehen, bei andern Leuten habe Schutz suchen müssen;

der Beklagte aber (seiner Eingeständnisse ungeachtet, wodurch er sich, so lange der Rechtsstreit dauert, nichts vergeben kann) zum Gegenbeweise zuzulassen;

Worauf sodann diese Sache bei dem Gerichte 1ster Instanz, nach Maasgabe des Art. 249, auf ferneres Anrufen der Klägerinn, fortzusetzen.

Gegenwärtig: die H. H. Rumann, erster Präsident, v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, Dr. Böhmer, v. Ompteda, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Hinüber, v. Beulwiz, v. d. Wense, v. d. Bussche, Wedemeyer, Appellat.-Richter.

Dr. Hagemann, General-Procurator.

XXXI.

Erbpacht. — Monopol. — Gewerbefreiheit.

Trägt der Erbpächter oder der Erbverpächter den Schaden, welcher daher entsteht, daß der in Erbpacht gegebene Gegenstand, entweder ganz oder zum Theil, zu existiren aufhört?

Es sind in der Abhandlung Nro VI des 1sten Heftes diejenigen Grundsätze kurz entwickelt worden, welche bei Beantwortung der Frage, „ob der Erbpächter oder der Erbverpächter eines bisher steuerfrei gewesenen Grundstückes die neue, constitutionsmäßige Grundsteuer zu tragen verpflichtet sey,“ zur Anwendung kommen müssen. Diese Grundsätze waren aus dem Wesen des deutschen Instituts der Erbpacht (welche so wenig Aehnlichkeit mit dem wahren Pachtcontracte hat, daß sie vielmehr in einer förmlichen Veräußerung des Benutzungsrechts, auf wenige Zeiten, gegen einen bestimmten Zins, besteht) und zugleich aus dem Axiom, „daß alle Contracte nach denjenigen Gesetzen und Gewohnheiten, unter welchen sie abgeschlossen, in ihren rechtlichen Folgen zu be-

urtheilen seyen," hergenommen. Eben diese Grundsätze, wiederum aus obigen beiden Prämissen hergeleitet, kommen auch bei Beantwortung der gegenwärtigen Frage: Hört die Verpflichtung zur Entrichtung der Erbpacht bei dem gänzlichen oder theilweisen Untergange des erblich verpachteten Gegenstandes, gänzlich oder theilweise, auf? — zur Anwendung.

Dort war das Resultat der Untersuchung: — da der Erbpächter, nach preußischen Gesetzen, die Verpflichtungen eines Nutznießers hat; dieser aber, nach solchen Gesetzen, die Grundsteuern bezahlen muß: also muß dieses auch der Erbpächter; hier wird das Resultat in der Bestimmung der Pflichten bestehen müssen, welche für den Erbverpächter daraus erwachsen, daß die Substanz des Gegenstandes der Erbpacht, entweder ganz, oder zum Theil, unterging.

Es wird auch hier der so sehr in der Natur der Sache liegende, und von den Gesetzen aller Zeiten sowohl, als den Rechtsgelehrten bereits so oft ausgesprochene Grundsatz [1]) zuerst, als Basis des Ganzen, zur Anwendung kommen, „daß

1) „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum est." L. 7. C. de Legibus.

alle Effecte eines Contracts ihre Bestimmung von demjenigen Gesetze erhalten müssen, welches zu der Zeit vorhanden war, als der Contract abgeschlossen wurde," weil es keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß die Parteien die Absicht hatten, dasjenige, welches sie nicht selbst in ihrem Vertrage bestimmten, durch das zur Zeit des Vertrages geltende Gesetz bestimmen zu lassen. „Unstreitig würde der Parteien Wille (sagt Chabot de l'Allier) [2]) verletzt werden, wenn die Wirkung des Contractes ihre Bestimmung durch ein Gesetz erhielte, welches Regeln feststellte, die nicht von den zur Zeit der Abschließung des Contractes geltenden Gesetzen vorgeschrieben worden. Es hieße dieses, ganz willkührliche und neuausgedachte Verabredungen an die Stelle derjenigen setzen, welche die Parteien einzugehen die Absicht hatten.

Das Wesen der Unwiderruflichkeit eines Contracts bringt es mit sich, daß er stets auf eine solche Art erfüllt werde, als er zu der Zeit, da er eingegangen wurde, erfüllt werden mußte."

Jemand, der seine Handlungen nach den bestehenden Rechten einrichtet, derf man keinen Vorwurf machen: er muß zu jeder Zeit das erndten, wozu ihm eine regelmäßige Aussaat, zur Zeit jener, die Berechtigung giebt. „Quid enim antiquitas

---

2) Jurisprudence transitoire, T. I. p. 134.

peccavit, quae, praesentis legis inscia, pristinam secuta est observantiam?“ 3)

Diese Principien als unumstößliche Axiome angenommen, kam es, bei gegenwärtigem Rechtsfalle, darauf an, festzusetzen, **welche gesetzliche Bestimmungen, in Hinsicht des Wesens der Erbpacht, an demjenigen Orte und zu derjenigen Zeit Statt hatten, da der vorliegende Erbpacht-Contract abgeschlossen wurde.** Die Zeit war das Jahr 1791, als das Preußische allgemeine Landrecht noch nicht gesetzliche Kraft hatte, und der Ort das ehemahlige Herzogthum Magdeburg. Kein, das Wesen der Erbpacht, so wie sie durch allgemeine deutsche Gewohnheitsrechte construirt ist 4), veränderndes Local-Statut war dem Gerichte bekannt geworden, und daher anzunehmen, daß das Geschäft, welches in seinen Folgen beurtheilt werden sollte, von der Natur sey, wie es jene allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechte darstellen.

Nach diesen ist der Erbpacht-Contract, wie auch das allgemeine Landrecht nachher festsetzte, ein Vertrag, vermöge dessen jemand das vollständige

---

3) L. 29. C. de testam.

4) Hagemann's Handbuch des Landwirthschafts-Rechts, S. 203. (Ein Werk, welches, da es hauptsächlich Gegenstände behandelt, welche der C. N. einem künftigen Code rural vorbehält, auch unter der neuen Gesetzgebung äußerst brauchbar ist).

Nutzungsrecht einer Sache dem andern, mit Zurückbehaltung des directen Eigenthums, gegen einen, mit jenem in Verhältnisse stehenden, Zins, überträgt [5]).

Dieses Wesen des Erbpachtcontracts mußte also zum Grunde gelegt werden, wenn über die Folgen der Ereignisse entschieden werden sollte, welche Bezug auf jenes Geschäft hatten. Es geschah die Anwendung dieser Grundsätze, in der nachfolgenden Sache, wie das mitzutheilende Urtheil zeigen wird, von dem Appellations-Hofe auf eine solche Art, die gewiß mit den früher erklärten Grundsätzen [6]) in vollkommener Harmonie steht [7]).

---

5) Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten, 1ster Theil, 21ster Titel, § 187.

6) Erkenntniß vom 23sten Febr. 1811. J. S. Schulze g. Stern, Rechtswiss. Th. I. S. 59 ff.

7) Ich kann daher Hn. General-Procurator-Subst. Pfeiffer nicht beipflichten, wenn er, S. 561 des 1sten Bandes der Rechtsfälle, entschieden nach dem C. N., zwischen dem daselbst mitgetheilten Erkenntnisse des Appellations-Hofes zu Cassel, und dem, welches S. 358 desselben Werkes abgedruckt ist, eine Antinomie zu bemerken glaubt. In jenem Erkenntnisse wurde über eine Entschädigungsforderung des Erbpächters, weil ein Theil der Substanz, die Braugerechtigkeit, verloren gegangen war, geurtheilt: es entschieden die in gegenwärtigem Aufsatze entwickelten Grundsätze; in dem letzten Erkenntnisse war hingegen die Frage zu beantworten, wer die neuen, auf das Grundstück gelegten Steuern zu tragen verpflichtet sei? — welche Frage durch

Der muthmaßliche Wille der Parteien, zur Zeit der Eingehung des Contracts, war es, welcher allein die Materie zur Entscheidung beider Fälle darbot.

Die factischen Umstände, welche zur Verständlichkeit des Urtheils nöthig sind, sind folgende:

Am 14ten Juni 1790 überließ der H. Graf von der Schulenburg-Emden dem Halbspänner Johann Christoph Dankert, einen zu Emden belegenen Krug, mit dessen sämmtlichen Zubehörungen, 9 Morgen Land u. s. w. und namentlich „mit der Schenk- und Herberge-Gerechtigkeit und allen damit verbundenen Rechten, Lasten und Pflichten" in Erbpacht.

Der Erbpächter bezahlte an Erbstandsgeldern 1500 Rthlr. und versprach an Erbpacht jährlich drei Wispel und achtzehn Scheffel Rocken, jedoch nach dem Marktpreise in Gelde, zu entrichten, und in der Erndte gewisse Dienste zu leisten.

---

das Pr. Landrecht, Th. I. Tit. 21. § 199, entschieden wurde. — Der hiesige Appellations-Hof erkannte in beiden Fällen auf eine den Grundsätzen des Appellations-Hofes zu Cassel ganz conforme Weise. Man kann also jetzt so ziemlich als im Königreiche Westphalen begründete Jurisprudenz annehmen: daß bei Erbpachten der Erbpächter die auf bisher steuerfreie Grundstücke gelegten öffentlichen Lasten, als den Ertrag mindernde Abgaben, zu tragen verpflichtet; der Erbverpächter aber den an der Substanz des in Erbpacht gegebenen Gegenstandes sich ereignenden Verlust, als Eigenthümer der Substanz, zu leiden verbunden sey.

Die Constitution des Königreichs Westphalen führte eine allgemeine Gewerbefreiheit, gegen Lösung der Patente, ein. Der Erbpächter mußte also nicht nur, wollte er sein Gewerbe fortsetzen, ein Patent lösen, sondern er mußte sogar, erlauben (welches, nach der vorigen preußischen Verfassung, wo sein Gewerbe ein Monopol für ihn im Dorfe war, sich nicht so verhielt), daß sich noch ein Gastwirth und ein paar Schenken, im Dorfe besetzten.

Er glaubte nun, da er den Gegenstand seiner Erbpacht, das Monopol, zum Theil verloren, auch nicht ferner verpflichtet zu seyn, die bisherige ganze Erbpacht zu entrichten, und trug daher bei dem Tribunale zu Neuhaldensleben, indem er sich auf die Vorschriften des allgemeinen preußischen Landrechts [8]) stützte, darauf an:

ihn zum Beweise der jetzigen Einnahmen der in Erbpacht habenden Grundstücke, und der davon zu entrichtenden Lasten u. s. w., zuzulassen; nach geführtem Beweise aber, und, im Fall ein Ueberschuß nicht vorhanden, zu erkennen, daß er von der Verbindlichkeit, ferner

---

8) Thl. I. Tit. 21. § 207. „Hat das Erbpachtstück in seinem Ertrage, durch unvermeidlichen Zufall, eine solche fortwährende Verminderung erlitten, daß die bestimmte Erbpacht daraus nicht mehr genommen werden kann: so muß dieselbe bis auf den wirklichen reinen Ertrag des Pachtstückes heruntergesetzt werden.“

einen Erbpachts-Canon zu entrichten u. s. w. frei zu sprechen; im Fall aber sich ein Ueberschuß ergeben sollte, daß er nur verbunden, so viel als dieser Ueberschuß betrüge an jährlichen Erbpachts-Canon abzutragen, und daß Beklagter ihm alles seit Einführung der Patentsteuer zu viel Bezahlte herauszugeben verpflichtet sey.

Der Beklagte setzte diesem entgegen:

daß die Legislation des allgemeinen Landrechts auf den gegenwärtigen Fall deswegen nicht anzuwenden, da der fragliche Contract vor Publication desselben geschlossen sey;

daß die Concurrenz, entstehend durch die Patent-Einrichtung, dem Kläger mehr vortheilhaft als schädlich; (?)

daß die Substanz der Erbpacht-Grundstücke 9), wofür die Erbpacht gegeben würde, in ihrer Integrität geblieben;

daß er, Beklagter, alles in seiner Macht Stehende gethan, um die Anlage eines zweiten Gasthofes zu Emden zu hintertreiben.

Das Tribunal zu Neuhaldensleben ertheilte hierauf am 5ten März 1811 folgendes Erkenntniß:

„Das Tribunal, in erster Instanz:

In Erwägung, 1) daß, laut des recognoscirten Contracts vom 14ten Juni 1791, und des über-

9) Der Grundstücke freilich: aber auch der Gerechtsame? —

einstimmenden Vortrages beider Theile, ein reines Erbpachtsverhältniß in medio ist, indem die Nutzungen der vererbpachteten Schenk- und Gastwirthschaft, nebst Gebäuden und zehn Morgen Ackers, mit dem dafür entrichteten, auf immer verfallenen, Erbstandsgelde von funfzehnhundert Thaler, incl. Eintausend Thaler in Golde, dem jährlichen Canon von drei Wispel achtzehn Scheffel Roggen und den unbestimmten Bansediensten in der Erndte zur Zeit des Vertrags in gleichem Verhältnisse standen;

2) in Erwägung, daß nicht allein nach dem allgem. preußischen Landrechte

Th. 1. Tit. 21. § 187 seqq.

sondern auch nach dem römischen Rechte,

L. 39. D. locati cond. (XIX. 2.)

Hellfeld, § 619. Jurisprud. for.

und nach dem gemeinen deutschen Privatrechte,

Runde, § 516,

das Eigenthum eines solchen Pachtstücks nicht auf den Erbpächter übergehet, sondern dem Verpächter verbleibt, und daher auch, nach dem allgem. L. R.,

L. c. § 207 seqq. 211,

nach dem römischen Rechte,

L. 33 D. loc. cond.,

nach dem deutschen Privatrechte,

Runde, a. a. O.,

nach den analogen generellen Vorschriften des C. N.,

Art. 1302,

nach den Grundsätzen der Billigkeit und nach der

Natur der Sache, eine, ohne Verschulden des Erbpächters, durch unvermeidlichen Zufall, oder durch höhere Gewalt herbeigeführte fortwährende, Verringerung des Ertrages des Pachtstücks nothwendig eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Canons zur Folge hat, und der auf gleiche Weise sich ereignende völlige Untergang der Erbpachtsgerechtigkeit eine gänzliche Befreiung von dieser Abgabe bewirkt, weil sonst das bisherige Verhältniß zwischen den Nutzungen und Lasten gestört werden, der Vertrag, gegen den ursprünglichen Willen der Contrahenten, eine andere Natur annehmen, und kein Erbpachtsvertrag bleiben würde;

3) in Erwägung, daß, nach der Constitution des Westphälischen Staats, die Gast- und Krugwirthschaft ein freies Gewerbe ist, und es, unter gewissen Einschränkungen, zu ihrer Ausübung nur der Lösung eines Patents bedarf, die ehemahligen Gerechtigkeiten dieser Art also nicht mehr existiren, und namentlich Verklagter die im Vertrage am 14ten Juni 1791 übernommene Garantie, daß außer dem Kläger in Emden keinem andern die Gast- und Kruggerechtigkeit ertheilt werden solle, nicht zu leisten vermocht hat, indem schon jetzt mehrere Einwohner von Emden, außer dem Kläger, dieselben Wirthschaften treiben, daß daher der vom Kläger bisher für dieses Monopol entrichtete Canon wegfällt, derselbe jedoch außerdem, wie schon gesagt, noch fruchttragende Grundstücke und

Art. 12 der Constitution des Königreichs, des Gesetzes vom 5ten Aug. 1808, desgl. v. 12ten Febr. 1810, die Einführung der Patentsteuer betreffend, wie auch eines unter den streitenden Theilen am 14ten Juni 1791 abgeschlossenen, im Original producirten, Erbpacht-Contracts:

In Erwägung, daß es ein durch die Gesetze aller Zeiten anerkanntes Axiom ist, daß jedes Rechtsgeschäft, in Hinsicht der daraus unter den contrahirenden Parteien entstehenden Verhältnisse und der daraus fließenden rechtlichen Folgen, nach den Gesetzen derjenigen Zeit und desjenigen Ortes zu beurtheilen sind, unter welchen jenes Rechtsgeschäft von den Parteien eingegangen;

In Erwägung, daß der von den Parteien abgeschlossene Erbpacht-Contract am 14ten Juni 1791 zu Stande kam, also zu einer Zeit, wo weder die jetzt geltenden Gesetze, noch die Vorschriften des

---

il renferme aussi des titres très-importans, et qui cependant n'ont été qu'esquissés dans nôtre code: tel est celui de la possession. . . . . L'étude de ces titres, comme de tout le code Prussien, est fort utile même pour un Français. Nous le répétons: ce code est un excellent traité de droit, formé de ce qu'il y a de meilleur dans les lois Romaines.“ Mauguien, Bibliothéque du Barreau. T. IV. 1811. p. 14. Ich glaubte, daß es nicht unzweckmäßig sey, in den jetzigen Zeiten, wo eine große Menge deutscher Gelehrten es für verdienstlich, und ein Zeichen besonderer Aufklärung hält, die deutsche Legislation zu verachten, zu zeigen, daß unbefangene Ausländer der entgegengesetzten Meinung sind.

erst am 1sten Junius 1794 in Wirksamkeit gesetzten allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten eine Norm für die aus solchem Contracte fließenden Folgen abgeben konnten, daß daher diese lediglich aus dem Wesen des Erbpacht-Contracts, so wie solches vor dem 1sten Juni 1794 durch Gesetze und Gewohnheiten sich darstellte, zu beurtheilen;

In Erwägung, daß, nach dem hier also, in Ermangelung von Local-Statuten, zur Anwendung kommenden allgemeinen deutschen Gewohnheits-Rechte (an welchem die nachherige preußische Legislation, in Betreff des Erbpacht-Instituts, nichts geändert, vielmehr solches nur näher bestimmt), die Erbpacht ein Vertrag ist, durch welchen das vollständige Nutzungsrecht eines Gegenstandes, gegen eine verhältnißmäßige Abgabe, jemanden erblich übertragen wird; woraus also folgt, daß das Eigenthum der Sache selbst, dessen Nutzungsrecht übertragen wurde, dem Erbverpächter, auch nach abgeschlossenem Erbpachtvertrage, verbleibt;

In Erwägung, daß wenn aus dem Wesen dieses deutschen Institutes folgt, daß der Erbpächter alle diejenigen Zufälle und Lasten tragen muß, welche das ihm eigenthümlich zustehende Nutzungsrecht betreffen, daß er also, da öffentliche Abgaben in Hinsicht des Ertrages eines Grundstückes geleistet werden, diese, eben so gut als ein Nutznießer übernehmen müsse, indem in Hinsicht der

vollständigen Nutzung des in Erbpacht überlassenen Grundstücks der Erbverpächter vollkommen als Fremder anzusehen ist: ebenfalls aus diesen Grundsätzen folgen müsse, daß alle Zufälle, welche die Substanz der verliehenen Sache, deren directes Eigenthum in dem Vermögen des Erbverpächters blieb, betreffen, von diesem getragen werden müssen;

In Erwägung, daß hieraus ferner folgt, daß zwar jede Verminderung des Ertrags eines in Erbpacht gegebenen Gegenstandes, so lange die Substanz desselben nicht vermindert wird, lediglich von dem Erbpächter zu tragen, daß aber, wenn der Gegenstand der Erbpacht selbst eine Verkleinerung erleidet, oder vernichtet wird, dieser Zufall von dem Erbverpächter zu tragen sey;

In Erwägung, daß diese Tragung des Schadens an der Substanz sich dadurch äußert, daß, in Hinsicht des vernichteten Theils, der Erbpacht-Contract ipso jure aufhört;

In Erwägung, daß, im vorliegenden Falle Gegenstände der Erbpacht sind:

a) ein Kruggebäude und verschiedene dazu gehörige Grundstücke;

b) ein in einer Krugwirthschaft, nach den vorigen Gesetzen, bestehendes Monopol;

und daß die erstgenannten Gegenstände keinen Verlust an ihrer Substanz gelitten, die allenfallsigen,

ihre Nutzungen betreffenden Verminderungen oder darauf gelegten Abgaben von dem Erbpächter, als Eigenthümer des Nutzungsrechtes, allein zu tragen; daß hingegen das zuletzt genannte Krugwirthschafts-Monopol durch die stattgehabte Staatsveränderung gänzlich untergegangen, und daß, wenn Appellat noch jetzt die Krugwirthschaft in dem ihm in Erbpacht gegebenen Gebäude betreibt, dieses nicht deswegen geschieht, weil ihm von dem Erbverpächter solches Gebäude in Erbpacht überlassen, sondern lediglich, weil er, nach Maasgabe der neuen Gesetzgebung, ein Patent behuf der Ausübung der Krugwirthschaft gelöset hat: daher es denn ganz gegen das dargestellte Wesen des Erbpachtcontracts eben sowohl, als gegen die ersten Gesetze der natürlichen Billigkeit anstoßen würde, wenn er in Zukunft eine Pacht von einem nicht mehr vorhandenen Monopole bezahlen müßte;

In Erwägung, daß demnach dasjenige Verhältniß ausgemittelt werden muß, welches zwischen den in Bestand gebliebenen und den durch die neue Staatsverfassung untergegangenen Gegenständen der Erbpacht Statt hat, alsdann aber, um das Resultat zu finden, welche Erbpacht, von der Zeit des aufgehobenen Monopols, von dem Appellaten zu entrichten, die beim Eingang des Contractes ersprochenen Prästationen, mit Berücksichtigung des erlegten Erbstandsgeldes, in eben der Maaße zu theilen, als der Gegenstand der Erbpacht bestanden oder un-

tergegangen, und die Verpflichtung der Prästation nur in eben der Maaße für bestehen geblieben zu erachten, als der Gegenstand der Erbpacht selbst bestehen geblieben;

Erkennt:

daß zwar von dem Tribunale zu Neuhaldensleben durch dessen Erkenntniß, d. d. 5ten März 1811 wohlgesprochen, jedoch solches dahin zu erklären,

daß Appellat verpflichtet, die Patentsteuer, welche er für die ausübende Krugwirthschaft bezahlt, da diese jetzt kein Gegenstand der Erbpacht mehr seyn kann, allein zu tragen, und dieserhalb dem Appellanten nichts in Abrechnung zu bringen; imgleichen,

daß bei Ausmittelung des Ertrages der dem Appellanten gebliebenen Grundstücke vorzüglich darauf mit Rücksicht zu nehmen, daß die Krug-Nahrung in dem fraglichen Gasthause bisher ausgeübt, daher dasselbe durch die dadurch erlangte Kundschaft einen höhern Werth als ein anderes, dieser Vortheile nicht genießendes Gebäude erlangt, wie auch, daß die Einrichtung und Lage desselben (in sofern solches der Fall) dasselbe zur Ausübung der Krugnahrung vorzüglich passend mache.

Uebrigens sind von den Parteien, nach Maas-

gabe des 13ten Tit. des 1sten Buchs der Pr. Ord., die ferner nöthigen Anträge bei dem Tribunale 1ster Instanz zu machen, und werden die Kosten, nach Vorschrift des Art. 87. Pr. Ord., compensirt.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellat.-Richter, H. Blumenbach, Proc.-Gen.-Subst.

Gleiche Grundsätze, als diejenigen sind, worauf das eben mitgetheilte Erkenntniß gestützt ist, wurden auch in dem hier auszugweise folgenden Erkenntnisse, in Sachen Kamlah gegen Bornträger, von der 2ten Section des Appellations-Hofes zur Anwendung gebracht.

Es wird nur nöthig seyn zu bemerken, daß es darauf ankam, zu entscheiden, ob eine unter der alten Gesetzgebung in einer Privat-Urkunde geschehene Schenkung, deren Erfüllung unter der Herrschaft des Gesetzbuchs Napoleons gefordert wurde, die ursprüngliche Kraft behalten habe oder nicht.

Der angebliche Schenker behauptete, sie könne jetzt keine Wirkung äußern; der Schenknehmer setzte entgegen: Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito

tempore et adhuc pententibus negotiis cautum sit [11].

Urtheil.

Der Appellationshof:

Nach Ansicht der eingesandten Acten erster Instanz, so wie der damit combinirten, in Sachen Niehoff wider Kamlah verhandelten Acten, u. s. w.

In Erwägung, daß die Rechtsbeständigkeit eines unbedingten Vertrages, in Ansehung seiner äußern Form, nach den zur Zeit der Vollziehung und Perfection desselben geltenden Gesetzen zu beurtheilen ist, und daß die Verbindlichkeit zur Erfüllung eines solchen Vertrages sich auch auf die darin stipulirten Prästationen erstreckt, welche erst zur Zeit der Gültigkeit eines, dem Vertrage eine andere Form vorschreibenden, Gesetzes fällig werden, indem der Contrahent, durch die rechtsbeständige Eingehung des Vertrages selbst, ein vollkommenes Recht auf die darin zugesicherten, wenn gleich erst später fälligen, Leistungen erlangte; daß daher daß producirte, vom 18ten August 1806 datirte, Schenkungs-Instrument, nicht nach den Vorschriften des Art. 931 des Code Napoléon [12] beurtheilt werden kann;

---

11) L. 7. C. de legibus. Vergl. Weber über die rückwirkende Kraft der G.G. S. 3 f.

12) L. 11. § 1. D. qui pot. in pign. (XX. 4). C. N.

In Erwägung, daß diese Grundsätze auch dadurch ihre Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall nicht verlieren, daß das gedachte Instrument mit einem authentischen Dato nicht versehen ist, da eine Unrichtigkeit des angegebenen Datums, noch zur Zeit, überall nicht constirt, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit desselben sich aber, bei diesem Contracte, demnächst durch die Agnition, oder, im Falle der Ableugnung, durch das alsdann nothwendige Verifications-Verfahren eo ipso ergeben wird, u. s. w.

Erkennt:

daß die Sentenz des Tribunals des Districts Braunschweig vom 20sten December 1810 lediglich zu bestätigen ist, die Kosten dieser Instanz aber gegen einander verglichen werden.

(6. Juli 1811.)

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer.

---

art. 1179. Chabot (de l'Allier) jurispr. trans. T. I. p. 139. „. . . . on ne peut supposer que les parties aient voulu former un engagement, dont elles n'auroient pas connu les effets, et qu'elles s'en soient rapportées à une loi future dont elles ne pouvoient prévoir les dispositions. Cette supposition seroit en contradiction manifeste avec le caractère et l'essence d'une convention qui est toujours nécessairement fixe et précise au moment ou elle se forme, puisque elle est le resultat de ce que les parties ont voulu et arrêté entre elles."

XXXII.

Conclusionen des öffentlichen Ministerii. — Evocation.

Wird der Mangel der Conclusionen des öffentlichen Ministerii, in erster Instanz, in einer Sache, worin sie nothwendig sind, dadurch gehoben, daß diese Conclusionen in der Appellations = Instanz ordnungsmäßig Statt haben?

Welche Grundsätze haben, nach dem Art. 370 Pr. Ord. (Art. 473. Code de proc. fr.), in Hinsicht der Evocation der Sachen von Seiten des Oberrichters Statt?

I.

In dem Rechtsstreite, dessen Geschichte in dem folgenden Aufsatze erzählt wird, hatte die beklagte Partei um Verweisung der Sache an das Tribunal zu Magdeburg bei dem Tribunale zu Goslar, in Bezugnahme auf den Art. 122. Pr. Ord. (Art. 171. Code de proc. fr.), wegen Connexität und Rechtshängigkeit, gebeten. Das Tribunal zu Goslar hatte darauf ein Erkenntniß abgegeben, ohne das öffentliche Ministerium gehört zu haben (wenigstens war, daß dieses geschehen, nicht in dem Urtheile ausgedrückt, und daher anzunehmen, daß solche

Form nicht beobachtet wurde) [1]), obgleich im Art. 44 der Pr. Ord. ausdrücklich vorgeschrieben ist: „Die Anwälte der Parteien sollen, ehe sie einen Termin in der öffentlichen Gerichtssitzung auswirken, dem königlichen Procurator die Beweisstücke und Acten ihrer Parteien in folgenden Sachen mittheilen:..... 3) im Falle der Einwendungen (déclinatoires), wegen Incompetenz oder Rechtshängigkeit." [2])

Der Appellant zählte dieses Versehen ausdrücklich unter seine Beschwerden, und motivirte mit daraus seine Conclusionen in der Hauptsache, welche auf Annullation und Reformation des unterrichterlichen Erkenntnisses gingen.

Dieser Rechtsfall giebt mir Gelegenheit zu folgenden Erörterungen, deren Theorie durch das mitgetheilte Erkenntniß (i. S. Hildebrand c. Klipsch, d. d. 19ten October 1811.) von der 2ten Section des Appellations-Hofes zum Theil ausgesprochen ward.

---

1) Wäre auch wirklich das Ministère public gehört, und dies nur in dem Audienz-Protokolle zu bemerken vergessen, so würde doch der Beweis jener Auslassung, nach der französischen Jurisprudenz, nicht zulässig gewesen seyn. Erkenntniß des franz. Cassat. Hofes, d. d. 6ten Thermidor XIII. Merlin, répert. s. v. inrégistrement, T. III. p. 684.

2) Der französische Code de procédure sagt Art. 83. Nr. 3, lediglich: „Les déclinatoires sur incompetence."

Die erste Frage, deren Beantwortung hier nothwendig wird (unter der Voraussetzung, die wohl, nach dem angezogenen Gesetze, keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß das Tribunal zu Goslar durch die erwähnte Versäumung eine Nichtigkeit [5]) begangen hatte, welche, wenn von einem Erkenntnisse letzter Instanz die Rede gewesen wäre, die Aufhebung der Sentenz, durch die Requête civile, und da dies nicht der Fall war, die Annullation derselben durch den Appellations-Richter zur Folge haben konnte) ist unstreitig die:

Wird der Mangel der Conclusionen des öffentlichen Ministerii in erster Instanz nicht dadurch gehoben, daß diese Conclusionen vor dem Appellations-Hofe ordnungsmäßig Statt haben?

Würde man diese Frage bejahen können, so

---

5) Da hier von einer Incompetenz die Rede war, welche daher entstehen sollte, daß schon ein anderes Tribunal die Sache zur Entscheidung empfangen hätte, so würde die Zurückweisung selbst ex officio, wenn Gründe zu derselben vorhanden gewesen, haben erkannt werden müssen, daher die Conclusionen des Ministère public um so nöthiger waren. Praticien franç. T. I. p. 335. Etwas ganz anderes ist es, wenn eine incompetentia ratione personae nur in Frage steht; diese muß von den Parteien angeführt werden, wenn das Ministère public verpflichtet seyn soll, solcherhalb Anträge zu machen.

wäre es völlig überflüssig, die gerügte Nichtigkeit in die geringste Erwägung zu ziehen: sie möchte Statt gehabt haben, oder nicht, wiederholte man sie nur nicht in der Appellations-Instanz, so würde das in solcher abgegebene Erkenntniß ohne Mangel erscheinen, und (in dieser Hinsicht) durch die Cassation nicht anzufechten seyn.

Jedes Erkenntniß [4]), in welchem ein Gesetz verletzt wurde, ist nichtig. Diese Nichtigkeit ist in Hinsicht des Gesetzes stets absolut, in Hinsicht der Parteien nur bedingt: in sofern sie nämlich von ihnen, auf die gesetzliche Weise gerügt wird. Sie kann sowohl von dem Appellations-Richter (wenn die Sache vor ihn erwachsen ist), als von dem Cassations-Hofe, wenn das Erkenntniß in letzter Instanz abgegeben ward, ausgesprochen werden [5]). Mit Erfolg für die Parteien wird sie also nur dann ausgesprochen,

---

4) Avis du conseil d'état de France du 31 Janvier 1806. (Lois publiés dans les Départements hanséatiques, T. I. p. 208). „Les actes émanés de ces cours (d'appel) n'ont le caractère de décisions souveraires, qu'autant qu'ils sont révêtus de toutes formalités requises pour constituer un jugement. Si les formes ont été violées *il n'y a pas de jugement à proprement parler*, et la cour de cassation détruit un acte irrégulier.“

5) Daß auch der Appellations-Hof lediglich „dans l'interêt de la loi“ erkennen könne, leidet nach der französischen Jurisprudenz nicht den geringsten Zweifel. Erkenntn. des Appell.-Hofes zu Brüssel, d. d. 1sten August 1808. Jurispr. du C. N. T. XI. p. 344.

wenn diese, mit Beobachtung der gesetzlichen Formen, hierauf antrugen. Thaten sie dieß, so muß sie ausgesprochen werden.

Diese Theorie auf den gegenwärtigen Fall angewendet, kömmt es darauf an, ob einer der streitenden Theile (hier waren die Conclusionen des öffentlichen Ministerii nicht zum Besten eines einzelnen Theils [6]) angeordnet) auf den Ausspruch der begangenen Nichtigkeit, und also auf die Annullation des Erkenntnisses, in welcher die fragliche Form versäumt wurde, drang, oder nicht.

War das letzte der Fall, so hatte der Appellations-Hof keineswegs die Befugniß, sie ex officio auszusprechen: denn obgleich der Richter die von den Parteien anzuführen versäumten Rechtsgründe zu ergänzen verpflichtet ist, so erstreckt sich dieses jedoch nicht dahin, daß er zu den Conclusionen der Parteien etwas hinzufügen und über nicht gebetene Sachen entscheiden dürfte [7]).

---

6) Vergl. Pr. Ord. Art. 425. No. 8.

7) Merlin, quest. T. II. p. 492. „Les juges sont obligés de suppléer les moyens de droit que les parties peuvent omettre dans leur défense, à l'apuis des conclusions qu'elles ont prises. Mais suppléer des moyens de droit uniquement relatifs à des conclusions *que les parties n'ont ni prises, ni annoncés vouloir prendre*, c'est ce que les juges ne peuvent pas faire, puisque ce seroit équivalement conclure pour les parties elle-mêmes."

Bath aber die competente Partei um den Ausspruch der von dem Unterrichter begangenen Nichtigkeit (wie wirklich der Fall war): so lag dem Appellations-Hofe hierzu auch die Pflicht ob, selbst dann, wenn er das von dem Unterrichter abgegebene Erkenntniß zu reformiren die Absicht gehabt hätte. Zwar würde in diesem Fall die Partei nichts verloren haben; (denn wenn sie ein ihren Conclusionen gemäßes Erkenntniß erhielt, konnte es ihr gleichgültig seyn, ob das vorige Urtheil annullirt ward oder nicht) und gleichwie irgend eine Beschwerde, so würde ihr auch jedes Rechtsmittel fehlen: aber dem Wächter der Gesetze würde ein solches dennoch zustehen. Die vom Unterrichter begangene Nullität war einmahl zur Sprache vor den Oberrichter gekommen, er mußte entscheiden, und für nichtig erklären, was nichtig war, um dem Gesetze dem ihm gebührenden Triumph zu verschaffen. Es war einerlei, ob das öffentliche Ministerium in seinen Neben-Conclusionen auf die Annullation des Erkenntnisses angetragen hatte, oder nicht: die Sache war zur Sprache gekommen.

Dann aber, wenn die Partei, welche auf den Ausspruch der Nichtigkeit drang, untergelegen hätte, würde selbst diese die Cassation gegen das Erkenntniß, welches die gerügte Nichtigkeit nicht aussprach, zur Hand nehmen können.

Die hier entwickelte Theorie (welcher gemäß

die zweite Section des Appellations-Hofes die Sentenz des Tribunals zu Goslar annullirte) folgt nicht nur aus der Natur der Sache, und begründet so ihre theoretische Richtigkeit, sondern sie ist auch längst von der französischen Jurisprudenz angenommen.

H. Merlin drückt sich darüber [8]) folgendermaßen aus: „Man darf nicht annehmen, daß das Erkenntniß eines Appellations-Gerichts stets aus der Ursache cassirt werden müsse, daß es nicht den Gesetzen zufolge [9]), ein Erkenntniß erster Instanz deßwegen annullirte, daß dieses ohne die Conclusionen des öffentlichen Ministerii abgegeben wurde.

Unstreitig würde es cassirt werden müssen, wenn es selbst nicht nach Anhörung der Conclusionen des öffentlichen Ministerii abgegeben wäre.

Es müßte dieses gleichfalls, wenn diejenige Partei, welche ein Interesse dabei hätte, den Mangel der Conclusionen des öffentlichen Ministerii in erster Instanz zu rügen, dieses in der Appellations-Instanz gethan, und, dem zu Folge, um die Annullation des unterrichterlichen Erkenntnisses gebethen hätte.

Wäre aber von dieser Partei, in dieser Hin-

---

8) Questions de droit, T. II. p. 488. S. v. conclusions du Ministère public.

9) Der Verf. hatte hier das Gesetz vom 24sten Aug. 1790 vor Augen, dessen Vorschriften aber gänzlich in die neue Gesetzgebung übergegangen sind.

sicht, in der Appellations-Instanz nichts vorgetragen, so würde sie nicht berechtigt seyn, deßhalb die Cassation zur Hand zu nehmen, daß das Appellations-Gericht die fragliche Richtigkeit nicht von Amts wegen ausgesprochen hätte."

Da nun in der Sache, in welcher H. Merlin das Obige vortrug, die Partei, welcher an den Conclusionen des öffentlichen Ministerii gelegen war, den fraglichen Mangel vor dem Appellations-Hofe nicht zeitig gerügt hatte: so erfolgte auch von dem Cassationshofe, bei welchem jene Partei dennoch auf die Cassation des Erkenntnisses des Appellationsgerichts, welches nicht ex officio jenen Mangel in Betracht gezogen, antrug, folgendes

Urtheil.

In Erwägung, daß der Mangel der Conclusionen des öffentlichen Ministerii, bei der Abgebung des Erkenntnisses erster Instanz, nicht früher vor dem Appellations-Gerichte gerügt ist, als in dem Augenblicke, da die Richter, um zu berathschlagen, sich in das Deliberations-Zimmer zu begeben in Begriff waren, und daß keine Anträge in jener Hinsicht gemacht wurden;

Daß auch die Principien, welche hier zur Entscheidung dienen, von dem Appellations-Gerichte in den Gründen des Erkenntnisses anerkannt sind, und daß also, wenn das Gericht über jene

Nichtigkeit nicht entscheiden konnte, dieses lediglich daher veranlaßt wurde, daß die nöthigen Anträge versäumt waren;

Daß auch, indem das Gericht, dem zu Folge, zur Beurtheilung der Sache selbst überging, es darin dergestalt verfügte, als wenn es ein ganz neues Erkenntniß abgegeben hätte;

Daß also weder in Hinsicht der Materie noch der Form durch das Erkenntniß des Appellations-Gerichts gegen irgend ein Gesetz gehandelt wurde:

Verwirft u. s. w.

2.

Nachdem entschieden, daß die angefochtene Sentenz annulliret werden müsse, both sich die zweyte Frage zur Beantwortung dar:

Ob der Appellations-Hof sofort zur Abfassung einer neuen Sentenz schreiten könne, oder ob er die Verpflichtung habe, die Sache an den ersten Richter zurückzuweisen, damit dieser, nach Anhörung des öffentlichen Ministerii, auf eine rechtsgültige Art, in der Sache statuire?

Sowohl nach dem römischen, als nach dem westphälischen Rechte, konnte die Beantwortung der aufgeworfenen Frage keinen Schwierigkeiten unterworfen seyn. Das erstere verbiethet es dem Appellationsrichter ausdrücklich, nach Einfüh-

rung der Appellation, die Sache an den vorigen Richter zurückzuweisen. Des Appellations-Richters Pflicht ist es, die Sache zu beendigen, sey dieses nun durch ein abänderndes, oder durch ein bestätigendes Erkenntniß [10]).

Es war diese Vorschrift des in seinen Normen, in der Regel, so consequenten römischen Rechts eine natürliche Folge der Devolution, einer so wesentlichen Wirkung der Appellation, daß es im hohen Grade gegen deren Wesen anstößt, irgend etwas zu statuiren, was ihre völlige Wirkung stören könnte [11]).

Dieser römischen Jurisprudenz war die französische, unmittelbar vor der Publication des Code

---

10) L. 6. C. de appellat. et consultat. (VII. 62). Eos, qui de appellationibus cognoscent et judicabunt, ita judicium suum praebere conveniet, vt intelligant, quod cum appellatio post decisam sententia litem interposita fuerit, non ex occassione aliqua remittere negotium ad judicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia terminare conveniat: cum salubritas legis constitutae ad id spectare videatur, vt post sententiam ab eo, qui de appellatione cognoscit recursus fieri non possit ad judicem, a quo fuerit provocatum, etc. Auch nach dem canonischen Rechte, war es dem Oberrichter erlaubt, wenn von einem Incident-Puncte appellirt war, die ganze Sache vor sein Gericht zu ziehen. C. 59 u. C. 60. X. de appell. C. 5. de app. in VIto. G. L. Böhmer, princ. jur. can. § 341.

11) Vergl. v. Almendingen, kleine jur. Schriften, Thl. 4. S. 113.

de procédure geltende, völlig gleichförmig [12]). Man nahm strenge an, daß es nur zwei Jurisdictions-Grade gebe, und daß, wenn also der com-

12) Nicht so die ältere: „Autrefois les anciennes cours n'évocaient jamais: si elles étoient saisies de l'appel d'un préparatoire et qu'elles confirmassent, l'instruction étoit continuée devant les premiers juges; si elles infirmoient, elles renvoyoient devant une autre.“ (Bemerkungen der cour d'appel de Dijon über den Code de procéd.) Die Ordonnanz von 1667 erlaubte die Evocation, als einen Gebrauch den sie bereits vorfand. Praticien fr. T. III. p. 220. Die neuere französische Jurisprudenz fand ihre Grundsätze vorzüglich in dem Ges. vom 3ten Brumaire, Jahr II. Art. 7. „Cet article, en effet, en disant que les juges d'appel ne peuvent statuer *que sur les demandes formées en prémiere instance*, insinue assez clairement qu'il peuvent statuer sur toutes les demandes qui ont été *formées* devant le premier tribunal, quoique le premier tribunal ne les ait pas décidées; et qu'il doivent le faire toutes les fois que le 1er tribunal à mal procédé, en ne les jugeant pas.“ (Merlin, l. c. p. 326.) Hieraus ist also ersichtlich, wie das Gesetz vom 24sten Aug. 1790. Tit. II. Art. 17, wodurch zwei Instanzen angeordnet und die Evocationen verboten wurden, zu erklären sey. Erkenntn. des Cassat. Gerichts, d. d. 25. Germinal, Jahr X. Es hatte keinen andern Zweck, als zu verhindern, daß die Appellations-Gerichte über Gegenstände entschieden, welche noch nicht in erster Instanz vorgebracht waren, nicht aber zu verhindern, daß nicht in der Sache selbst gesprochen würde, wenn dieses auch die ersten Richter hätten thun können. — H. Bachoven (Gesetzbuch über den bürgerl. Pr. Düsseldorf 1810. 8. — S. 325.) hat also Unrecht, wenn er glaubt, daß durch den Art. 473. C. de pr. ein älteres Recht hergestellt sey: es war vielmehr dieser ganz der neuen Jurisprudenz gemäß; ja er schränkte sie in etwas ein. — Vergl. Merlin, l. c. T. I. p. 342.

petente Richter erster Instanz in einer Sache einmahl gesprochen hatte, dessen Ministerium, in Hinsicht dessen, welches seinem Ausspruche unterworfen war, erschöpft sey, und daß daher diese Streitsache nicht wiederum vor ihn gelangen könne. Besonders wandte man aber diese Grundsätze dann an, wenn der erste competente Richter in der Form gefehlt, und also nichtiger Weise erkannt hatte. Es sey ein Grundprincip (sagten die französischen Rechtsgelehrten) [13]) der Civil-Legislation, welche sich dadurch von der Criminal-Gesetzgebung unterscheide, daß ein Appellations-Gericht zugleich Richter der Form und der Sache selbst sey; daß es die Verpflichtung habe, sowohl die Regeln der gerichtlichen Ordnung (des formellen Rechts) als die Regeln des Rechts und der Gerechtigkeit (des materiellen Rechts) aufrecht zu erhalten; daß also seine Verpflichtung mit sich bringe, nicht nur die Unregelmäßigkeiten, welche die ersten Richter in der Form ihrer gerichtlichen Handlungen begehen konnten, auszugleichen; sondern auch die Irrthümer und Unterlassungen zu verbessern, welche, in Hinsicht der Sache selbst, Statt haben konnten.

Aus diesen Grundsätzen leitete Merlin [14]) die nachgesetzten Folgerungen ab:

---

13) Vergl. Merlin, quest. T. I. S. 318. — Der praticien fr. hat alles, was er T. III. p. 224 seqq. über diese Materie sagt, aus Merlins quest. wörtlich genommen.

14) Questions l. c.

Das Tribunal erster Instanz

a) hat die Formen gehörig beobachtet, aber in der Sache selbst übel geurtheilt: — Dann reformirt das Appellations-Gericht;

b) oder jenes hat die Formen nicht beobachtet, und auch übel geurtheilt: — Dann annullirt das Appellations-Gericht, und giebt ein neues Erkenntniß ab;

c) oder das Gericht der ersten Instanz hat die Formen nicht beobachtet, und wohl geurtheilt: — Dann annullirt das Appellations-Gericht das nichtige Erkenntniß, und giebt ein neues gleichlautendes ab [15]).

Diese Jurisprudenz war bis zur Publication des Code de procedure civile franç. die einzige vom Cassations-Gerichte angewendete. Dieses Gesetzbuch brachte jedoch in sofern eine Veränderung in dieselbe, daß es durch den Art. 473, welcher wörtlich mit dem Art 370 unserer Pr. Ord. über-

15) Vergl. Merlin, l. c. Erkenntn. des Cassat.-Gerichts, d. d. 24sten Prairial VIII. „Attendu qu'aux termes des decrets, il ne doit y avoir que deux degrés de juridiction en matière civile; que le tribunal civil du departement de l'Orne, en renvoyant, par le jugement susdaté, par devant les juges competens, pour statuer sur . . . . . , à fait subir plus que deux degrés de jurisdiction pour le réglement définitif de la même demande principale; et qu'ainsi il est contrevenu formellement aux dispositions des lois relatives à l'organisation judiciaire."

einstimmt, dem Appellations-Richter dasjenige erlaubte, welches vorher seine unerläßliche Pflicht war [16]). Beide, das französische und das westphälische Gesetz sagen nemlich:

„Wenn von einem interlocutorischen Erkenntnisse appellirt, und dasselbe aufgehoben wird, auch die Sache in der Lage ist, um endlich entschieden zu werden, so können die Richter der Appellations-Instanz durch ein und dasselbe Erkenntniß auch zugleich in der Hauptsache entscheiden. Eben dieß gilt in dem Falle, wo die Richter der Appellations-Instanz wegen eines Mangels in der Form, oder aus irgend einer andern Ursache, endliche Erkenntnisse aufheben."

Man überließ es also, wie auch der Redner des französischen Staatsraths, bei der Vorlegung des Gesetzes sagte [17]), dem Ermessen des Richters, zu untersuchen, ob in dem fraglichen Falle es nicht unnütz, oder ob es nicht selbst den Parteien vortheilhaft sey, zu verhindern, daß die Sache noch zwei neuen Instanzen unterworfen würde.

Eine Veränderung in der Legislation die nicht ohne die Bemerkungen mehrerer Appellations-Ge-

---

16) So wurde also so ziemlich die Theorie der Ordonnance von 1667 wieder hergestellt, welche die Evocation erlaubte, unter der Bedingung, daß die Sache hinlänglich instruirt sey, um sogleich in der Audienz entschieden zu werden.

17) Motifs, p. 134.

richte geblieben war, die, aus sehr triftigen Gründen, die alte Legislation, jedoch mit Modificationen, zurückwünschten [18]).

Keinem Zweifel ist es also unterworfen, daß, nach der jetzigen sowohl französischen, als westphälischen Legislation, die Frage, „ob in einem concreten Falle eine Evocation Statt finden dürfe, oder nicht," dem Ermessen des Appellations-Richters anheim gestellt sey.

Nach dieser gesetzlichen Erlaubniß, entschied in der vorliegenden Sache der Appellations-Hof sofort in der Hauptsache, auf eine gewiß äußerst zweckmäßige Weise, da, bei völlig instruirter Sache, eine Rückweisung an das Tribunal zu Goslar den Parteien völlig überflüssige Kosten gemacht haben würde.

Uebrigens ist annoch zu bemerken, daß weder der Art. 370 Pr. Ord., noch der Art. 473 Code de proc. auf den Fall anzuwenden sind, wo ein gänzlich incompetentes Gericht in erster Instanz gesprochen hätte. Dieser Fall ist wesentlich von demjenigen verschieden, wo ein sonst competentes

18) So schlug das Appellations-Gericht zu Dijon vor, den Art. dahin abzuändern: „Lorsqu'une cour d'appel annulle pour vice de forme, un jugement de première instance, par le même arrêt elle statue sur la contestation principale ou incidente qui avoit fait la matière du dit jugement, sans pouvoir renvoyer devant les premiers juges pour y être prononcé de nouveau."

Gericht Nullitäten begeht. In diesem Falle hatte eine erste Instanz Statt, nicht in dem ersten. Da nun die Parteien nie der ersten Instanz beraubt werden dürfen, so folgt auch daraus, daß wenn die unregelmäßige Handlung eines incompetenten Gerichts (ein Erkenntniß im eigentlichen Sinne kann man es nicht nennen) von dem Ober-Richter vernichtet wird, dann die Parteien zu dem competenten Richter zuerst zu verweisen sind 19).

---

19) Erkenntn. des Cassat.-Gerichts, d. d. 9. Pluviose VII. Merlin, quest. T. I. p. 341.

XXXIII.

Abstand vom Rechtsstreite.

Kann ein Abstand vom Rechtsstreite ohne Einwilligung des Beklagten Statt haben?

Durch die Litiscontestation verpflichten sich die streitenden Theile zur Fortsetzung des Rechtsstreites bis zur richterlichen Entscheidung [1]). Nach den Grundsätzen des römischen Rechts werden jene durch dieselbe quasi ex contractu verpflichtet [2]).

Eine natürliche Folge hiervon ist, daß, so wenig der Beklagte sich der Verfolgung des Klägers entziehen kann (es sey denn durch Gewährung des Gegenstandes der Klage): eben so wenig der Kläger, ohne Einwilligung des Beklagten, von einem Rechtsstreite abzustehen vermag, woraus die-

1) L. 3. § 11. D. de peculio. (XV. 1.).

2) Langsdorf, über die pacta und contractus nach dem justinianischen Rechte, in Hugo's civilistischem Magazin, 4tes Heft, No. XVIII. (oder in der 3ten Aufl. 1ster Thl. S. 156.)

ser nicht nur Verpflichtungen, sondern auch Rechte erlangte [3]).

Die Instruction eines Rechtsstreits ist der Erfolg der Bemühungen beider Theile. Welch eine Ungerechtigkeit würde es daher seyn, zu erlauben, daß dieser, oft so kostbare, Erfolg (die Aufklärungen, welche die Sache erhielt, die Geständnisse, und erlangten Beweise) durch des Klägers einseitigen Willen dem Beklagten geraubt werden könne! [4])

Das Gesetz [5]) wollte eine solche Ungerechtig-

---

3) Martin, Lehrb. des B. Proc. § 244.

4) Praticien franç. T. II. p. 414.

5) Art. 335. Pr. Ord. (Art. 404. Code de proc.) „Der Abstand von dem Processe kann mittelst bloßer Anzeigen, die von den Parteien oder ihren Special-Bevollmächtigten unterschrieben, und von Anwalt zu Anwalt insinuiret werden, geschehen.“

Sollte also diese Anzeige nicht vorschriftsmäßig unterschrieben seyn, so ist sie als nicht existirend anzusehen. Sowohl der Kläger, als der Beklagte, können auf den gerichtlichen Ausspruch dieser Nichtigkeit dringen, ohne, daß sie nöthig hätten, zu der Mißbilligung (désaveu) ihre Zuflucht zu nehmen. Die Mißbilligung ist nur in Hinsicht derjenigen Handlungen eines Anwalts erforderlich, welche ihm das Gesetz die Gewalt giebt, ohne Namens-Unterschrift seiner Partei vorzunehmen, diese Handlungen sind der muthmaßliche Wille der Partei, bis sie das Gegentheil davon darthut. Verlangt aber das Gesetz eine Unterschrift des streitenden Theils, und diese kann nicht producirt werden, so fällt auch jede Vermuthung, daß die Handlung der Wille der Partei sey, weg; diese hat also keine Verpflichtung, die Mißbilligung zur Hand zu nehmen: es ist hinlänglich, wenn sie

ceß abgebe) bei dem Ehescheidungs-Verfahren gewiß mit Recht analogisch anwenden. Darf nemlich das Eingeständniß des Beklagten bei der Güterabsonderung, welche viel unwichtiger als eine Ehescheidung ist, keinen Beweis abgeben, weil der Mann interessirt und verdächtig ist; um so weniger kann es bei einer so wichtigen Sache, als die Ehescheidung ist, hinreichen!

Endlich:

6) hat die Klägerinn selbst ihre angeführten Scheidungsgründe erweisen wollen, ihre Verpflichtung zum Beweise also anerkannt, und zu dem Ende Zeugen namhaft gemacht. In der Regel muß aber auf Beweis in Ehescheidungssachen interloquirt werden, weil das isolirte Eingeständniß des Beklagten (wie ich hinlänglich bereits gezeigt zu haben glaube) nichts beweist [37]). Diesen, in der Natur des Scheidungsprocesses liegenden, Grundsatz hat aber das Tribunal zu Magdeburg völlig verkannt, und, da es der bloßen Confession des Beklagten, mit gänzlicher Umgehung des anerbotenen Zeugenbeweises, volle Beweiskraft beilegte und die angeblichen Real- und Verbalinjurien für erwiesen erklärte, offenbar die Vorschrift des Art. 427 des Code Napoleon verletzt; mithin nichtig, zum wenigsten übel geurtheilt; indem

37) H. Präsident von Strombeck a. a. O. I. 100 ff.
H.

es, ohne gehörigen Beweis der bestimmten Scheidungsursachen, sofort in der Hauptsache definitiv erkannte und die Klägerinn autorisirte, die Scheidung von dem Civilstandsbeamten aussprechen zu lassen.

Durch die bisherige Entwickelung der Thatumstände und Rechtsgründe, glaube ich die Beschwerde des königlichen Procurators bei dem Tribunale zu Magdeburg völlig gerechtfertiget zu haben, und bemerke nur noch, daß das Admissionserkenntniß selbst bestehen bleiben, und der Beklagte mit dem Gegenbeweise, der ihm kraft des Gesetzes gebührt, annoch gehört werden muß; da ich sein bloßes Geständniß als nicht existirend betrachte.

Ich wiederhole demnach meinen Antrag dahin:

daß es dem k. Appellationshofe gefällig seyn möge, das Admissionserkenntniß zu bestätigen; die Definitiv-Entscheidung des Tribunals zu Magdeburg vom 25sten Juni 1811 aber zu reformiren, und dahin zu interloquiren, daß die Klägerinn schuldig sey, vorgängig den Beweis der von ihrem Ehemanne angeblich erduldeten Verbal- und Realinjurien, den Gegenbeweis vorbehältlich, zu führen."

Erkenntniß, abgegeben in feierlicher Gerichtssitzung der vereinigten Sectionen [38]), am 14ten Oct. 1811.

---

38) Der erste Herr Präsident des Appellations-Hofes glaubte, eine Sache von der Wichtigkeit der gegenwärtigen, und wo-

Der Appellations=Hof:

Nach Ansicht des 3ten Art. des 4ten Titels des königlichen Decrets d. d. 27sten Januar 1808, der Art. 174 und 190 des Code Nap.

---

in über eine so bedeutende Frage, als diejenige ist: ob das öffentliche Ministerium selbstständig im Ehescheidungs=Processe appelliren könne, zu entscheiden war, der Berathschlagung der vereinigten Sectionen unterwerfen zu müssen, und machte daher von dem ihm zustehenden Rechte, diese zu einer feierlichen Gerichtssitzung zusammenzurufen, Gebrauch. Er befolgte hierbei gänzlich die Praxis der Gerichtshöfe Frankreichs, denen, bei Fällen von der Art des gegenwärtigen, die Vereinigung der Sectionen förmlich zur Pflicht gemacht ist. S. das kayserl. Decret, enthaltend eine Verordnung über die Organisation und den Dienst der kayserl. Gerichtshöfe vom 6ten Jul. 1810, Art. 61 ff. desgl. 7, in der Sammlung von Gesetzen, welche in den Depart. der Ober=Ems u. s. w. verkündet sind, Thl. II. S. 108. (Paris 1811. 16 Bände 8. deutsch und franz. in der kayserl. Druckerei gedruckt, Preis 3 Pistolen). Am vollständigsten findet man die Fälle, welche eine Versammlung der vereinigten Sectionen eines Appellations=Hofes zu einer feierlichen Audienz nothwendig machen, aufgezählt in dem provisorischen Reglement für den Dienst des kayserl. Gerichtshofs zu Hamburg, beschlossen in der Sitzung vom 3ten Sept. 1811, Art. 6. „Folgende Gegenstände werden in das Verzeichniß der solennen Sachen eingetragen, und in den großen Audienzen entschieden: Die Klagen gegen Richter wegen pflichtwidrigen Verfahrens, die Zurückweisungen nach der Cassation eines Urtheils, die Bitte um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Fälle der Stimmengleichheit, die Erörterungen des rechtlichen Zustandes (les questions d'état) zu welchen gehören: die Streitigkeiten wegen des Bürgerrechts, der Ehe, der Abstammung (filiation), angefochtene Adoptionen, Emancipationen, Ehescheidungen, Scheidungen von Tisch und Bett, absolute und modificirte Interdictionen, Rehabilita=

In Erwägung, daß das öffentliche Ministerium die Verpflichtung hat, über die Vollziehung der Gesetze zu wachen, und von Amts wegen diese Vollziehung in allen Verfügungen zu verfolgen, welche die öffentliche Ordnung angehen;

In Erwägung, daß von dem Gesetze dieses allgemeine Princip eine besondere Anwendung auf Ehe-Angelegenheiten erhalten hat, indem dem öffentlichen Ministerio die Verpflichtung auferlegt ist, jede den Verfügungen des 144sten, 147sten, 161sten, 162sten und 163sten Art. C. N. zuwider eingegangene Ehe von Amts wegen anzugreifen;

In Erwägung, daß nicht minder dem öffentlichen Wohle die Zulassung gesetzwidriger Trennungen als die der gesetzwidrigen Ehen entgegen ist, und daß also eben das allgemeine Princip, welches dem öffentlichen Ministerio die Verpflichtung auflegt, diese von Amts wegen anzufechten, ihm auch die Berechtigung ertheilen muß, sich jener zu widersetzen;

In Erwägung, daß diesem nicht entgegenste-

---

tionen, und überhaupt alle Sachen, welche der Gerichtshof, bei Vereinigung der beiden Civilkammern, für die große Audienz passend hält. — Die Receptionen, Eidesleistungen und Einregistrirungen, die nicht vor den vereinigten Kammern Statt haben können, geschehen in der großen Audienz. — Bei großen Audienzen tragen die Mitglieder des kayserl. Gerichtshofs das rothe Costüm. — Das öffentliche Ministerium wird immer bei den solennen Sachen angehört."

hen kann, daß die französische Jurisprudenz dem öffentlichen Ministerio nur in dem Falle ein Klagrecht ertheilt, wenn es darauf ankömmt, nichtige Ehen, nicht aber nichtige Ehescheidungs-Erkenntnisse, anzufechten, indem diese Jurisprudenz durch specielle beschränkende Gesetze, namentlich durch das Gesetz vom 24sten August 1790, begründet wird, welche Gesetze in Westphalen nie aufgenommen sind, daher denn die Pflichten und Rechte des öffentlichen Ministerii in solchem Reiche nicht nach diesen speciellen, hier fremden Gesetzen, sondern vielmehr aus seinem Wesen selbst und der Analogie recipirter Gesetze, in Ermangelung besonderer Verordnungen, zu determiniren sind:

Läßt den Procurator des Königs bei dem Civil-Tribunale zu Magdeburg mit den von ihm gegen das Erkenntniß dieses Gerichts, d. d. 25sten Juni 1811, eingelegten Appellation zu, und, in Betracht, daß der H. General-Procurator bei hiesigem Appellations-Hofe diese eingelegte Appellation verfolgt, und in heutiger Audienz zugleich in der Hauptsache seine Beschwerden entwickelt und seine Conclusionen vorgetragen hat;

Erkennt:

Nach Ansicht der Art. 244, 246, 247, 249. Code Nap.;

In Erwägung, daß wenn das Gesetz verordnet, daß über die Aeußerungen und Bemerkungen der Parteien, so wie über die von dem einen oder

andern Theile erfolgten Eingeständnisse, ein Protocoll im Ehescheidungs-Processe aufgenommen werden soll, hieraus allerdings folgt, daß des Gesetzes Meinung sey, daß diese Geständnisse von dem Richter, bei Abfassung des Erkenntnisses, zu berücksichtigen, indem sonst die Aufzeichnung solcher Eingeständnisse keinesweges verordnet seyn würde, daß aber die Berücksichtigung eines Eingeständnisses und der daraus herzunehmende volle Beweis sehr von einander unterschieden sind;

In Erwägung, daß eine nachgesuchte Ehescheidung nicht anders von dem Tribunale zugelassen werden kann, als wenn die Sache so weit instruiret ist, daß sie als zum Erkenntnisse vollkommen reif erscheint, daß man aber unmöglich (ohne Verletzung des bei dem Ehescheidungs-Verfahren so deutlich zum Grunde liegenden Princips, alle Verabredungen unter den Parteien unwirksam zu machen) annehmen kann, daß eine Ehescheidungs-Sache als völlig zum Spruche reif erscheine, wenn die Thatsachen, wodurch sie begründet werden soll, durch nichts weiter, als durch das Eingeständniß des Gegners dargethan sind, indem, bei einer solchen Voraussetzung, nichts leichter als ein Scheidungs-Erkenntniß, durch ein verabredetes Eingeständniß, zu erhalten stehen würde;

In Erwägung, daß wenn man die gewöhnliche gesetzliche Wirkung gerichtlicher Eingeständnisse auch in Ehescheidungs-Sachen würde annehmen

wollen, man auch zugleich den Parteien die Berechtigung, über die Dauer ihrer Ehe zu transigiren einräumen müßte, weil ein gerichtliches Eingeständniß nur alsdann Wirkung zu haben vermag, wenn die einräumende Partei über den Gegenstand des Rechtsstreits Vergleiche zu schließen berechtigt ist, eine solche Einräumung aber der Natur des Ehebündnisses und den Gesetzen gänzlich zuwider seyn würde;

In Erwägung, daß im Ehescheidungs-Processe das öffentliche Ministerium als Mit-Partei, im Namen des Staats, welcher bei Erhaltung der Ehen ein directes Interesse hat, erscheinet, und daß also einseitige Eingeständnisse schon deswegen keine vollständige Wirkung haben können, da die streitenden Parteien nicht allein domini litis sind;

In Erwägung, daß aus allem diesen folgt, daß wenn in Ehescheidungssachen Eingeständnisse, von Seiten des beklagten Theils, vorhanden sind, diese nur dann einen völligen Beweis begründen können, wenn sie durch Zeugen-Aussagen oder Documente unterstützt werden;

Daß also das Tribunal zu Magdeburg, indem es diese Grundsätze verkannte, und auf ein bloßes Eingeständniß der der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen ein Ehescheidungs-Erkenntniß begründete, den Gesetzen und ihrem Geiste entgegen handelte, und also nichtiger Weise erkannte:

Annullirt das von dem gedachten Gerichte am 25sten Juni d. J. abgegebene Erkenntniß, in sofern solches ein Mehreres als die darin ausgesprochene Zulassung der Klage zum Gegenstande hat, als in welcher Hinsicht dasselbe bei Kräften erhalten wird, und

Verordnet, nach Maasgabe des 247sten Art. des C. N., daß die Klägerinn zum Beweise der von ihr angeführten erheblichen Thatsachen, nemlich

1) daß Beklagter sie eine ***, *** und *** gescholten,

2) daß er sie auf eine ihrer Gesundheit und Leben gefährlich werdende Weise geschlagen,

3) daß sie, um sich solchen Mißhandlungen zu entziehen, bei andern Leuten habe Schutz suchen müssen;

der Beklagte aber (seiner Eingeständnisse ungeachtet, wodurch er sich, so lange der Rechtsstreit dauert, nichts vergeben kann) zum Gegenbeweise zuzulassen;

Worauf sodann diese Sache bei dem Gerichte 1ster Instanz, nach Maasgabe des Art. 249, auf ferneres Anrufen der Klägerinn, fortzusetzen.

Gegenwärtig: die H. H. Rumann, erster Präsident, v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, Dr. Böhmer, v. Ompteda, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Hinüber, v. Beulwiz, v. d. Wense, v. d. Bussche, Wedemeyer, Appellat.=Richter. Dr. Hagemann, General=Procurator.

XXXI.

Erbpacht. — Monopol. — Gewerbefreiheit.

Trägt der Erbpächter oder der Erbverpächter den Schaden, welcher daher entsteht, daß der in Erbpacht gegebene Gegenstand, entweder ganz oder zum Theil, zu existiren aufhört?

Es sind in der Abhandlung Nro VI des 1sten Heftes diejenigen Grundsätze kurz entwickelt worden, welche bei Beantwortung der Frage, „ob der Erbpächter oder der Erbverpächter eines bisher steuerfrei gewesenen Grundstückes die neue, constitutionsmäßige Grundsteuer zu tragen verpflichtet sey,“ zur Anwendung kommen müssen. Diese Grundsätze waren aus dem Wesen des deutschen Instituts der Erbpacht (welche so wenig Aehnlichkeit mit dem wahren Pachtcontracte hat, daß sie vielmehr in einer förmlichen Veräußerung des Benutzungsrechts, auf wenige Zeiten, gegen einen bestimmten Zins, besteht) und zugleich aus dem Axiom, „daß alle Contracte nach denjenigen Gesetzen und Gewohnheiten, unter welchen sie abgeschlossen, in ihren rechtlichen Folgen zu be-

urtheilen seyen," hergenommen. Eben diese Grundsätze, wiederum aus obigen beiden Prämissen hergeleitet, kommen auch bei Beantwortung der gegenwärtigen Frage: Hört die Verpflichtung zur Entrichtung der Erbpacht bei dem gänzlichen oder theilweisen Untergange des erblich verpachteten Gegenstandes, gänzlich oder theilweise, auf? — zur Anwendung.

Dort war das Resultat der Untersuchung: — da der Erbpächter, nach preußischen Gesetzen, die Verpflichtungen eines Nutznießers hat; dieser aber, nach solchen Gesetzen, die Grundsteuern bezahlen muß: also muß dieses auch der Erbpächter; hier wird das Resultat in der Bestimmung der Pflichten bestehen müssen, welche für den Erbverpächter daraus erwachsen, daß die Substanz des Gegenstandes der Erbpacht, entweder ganz, oder zum Theil, unterging.

Es wird auch hier der so sehr in der Natur der Sache liegende, und von den Gesetzen aller Zeiten sowohl, als den Rechtsgelehrten bereits so oft ausgesprochene Grundsatz 1) zuerst, als Basis des Ganzen, zur Anwendung kommen, „daß

---

1) „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum est." L. 7. C. de Legibus.

alle Effecte eines Contracts ihre Bestimmung von demjenigen Gesetze erhalten müssen, welches zu der Zeit vorhanden war, als der Contract abgeschlossen wurde," weil es keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß die Parteien die Absicht hatten, dasjenige, welches sie nicht selbst in ihrem Vertrage bestimmten, durch das zur Zeit des Vertrages geltende Gesetz bestimmen zu lassen. „Unstreitig würde der Parteien Wille sagt Chabot de l'Allier) [a]) verletzt werden, wenn die Wirkung des Contractes ihre Bestimmung durch ein Gesetz erhielte, welches Regeln feststellte, die nicht von den zur Zeit der Abschließung des Contractes geltenden Gesetzen vorgeschrieben worden. Es hieße dieses, ganz willkührliche und neuausgedachte Verabredungen an die Stelle derjenigen setzen, welche die Parteien einzugehen die Absicht hatten.

Das Wesen der Unwiderruflichkeit eines Contracts bringt es mit sich, daß er stets auf eine solche Art erfüllt werde, als er zu der Zeit, da er eingegangen wurde, erfüllt werden mußte."

Jemand, der seine Handlungen nach den bestehenden Rechten einrichtet, darf man keinen Vorwurf machen: er muß zu jeder Zeit das erndten, wozu ihm eine regelmäßige Aussaat, zur Zeit jener, die Berechtigung giebt. „Quid enim antiquitas

---

a) Jurisprudence transitoire, T. I. p. 134.

peccavit, quae, praesentis legis inscia, pristinam secuta est observantiam?“ [5])

Diese Principien als unumstößliche Axiome angenommen, kam es, bei gegenwärtigem Rechtsfalle, darauf an, festzusetzen, welche gesetzliche Bestimmungen, in Hinsicht des Wesens der Erbpacht, an demjenigen Orte und zu derjenigen Zeit Statt hatten, da der vorliegende Erbpacht-Contract abgeschlossen wurde. Die Zeit war das Jahr 1791, als das Preußische allgemeine Landrecht noch nicht gesetzliche Kraft hatte, und der Ort das ehemahlige Herzogthum Magdeburg. Kein, das Wesen der Erbpacht, so wie sie durch allgemeine deutsche Gewohnheitsrechte construirt ist [4]), veränderndes Local-Statut war dem Gerichte bekannt geworden, und daher anzunehmen, daß das Geschäft, welches in seinen Folgen beurtheilt werden sollte, von der Natur sey, wie es jene allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechte darstellen.

Nach diesen ist der Erbpacht-Contract, wie auch das allgemeine Landrecht nachher festsetzte, ein Vertrag, vermöge dessen jemand das vollständige

---

3) L. 29. C. de testam.

4) Hagemann's Handbuch des Landwirthschafts-Rechts, S. 203. (Ein Werk, welches, da es hauptsächlich Gegenstände behandelt, welche der C. N. einem künftigen Code rural vorbehält, auch unter der neuen Gesetzgebung äußerst brauchbar ist).

Nutzungsrecht einer Sache dem andern, mit Zurückbehaltung des directen Eigenthums, gegen einen, mit jenem in Verhältnisse stehenden, Zins, überträgt [5]).

Dieses Wesen des Erbpachtcontracts mußte also zum Grunde gelegt werden, wenn über die Folgen der Ereignisse entschieden werden sollte, welche Bezug auf jenes Geschäft hatten. Es geschah die Anwendung dieser Grundsätze, in der nachfolgenden Sache, wie das mitzutheilende Urtheil zeigen wird, von dem Appellations-Hofe auf eine solche Art, die gewiß mit den früher erklärten Grundsätzen [6]) in vollkommener Harmonie steht [7]).

---

5) Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten, 1ster Theil, 21ster Titel, § 187.

6) Erkenntniß vom 23sten Febr. 1811. J. S. Schulze g. Stern, Rechtswiss. Th. I. S. 59 ff.

7) Ich kann daher Hn. General-Procurator-Subst. Pfeiffer nicht beipflichten, wenn er, S. 561 des 1sten Bandes der Rechtsfälle, entschieden nach dem C. N., zwischen dem daselbst mitgetheilten Erkenntnisse des Appellations-Hofes zu Cassel, und dem, welches S. 358 desselben Werkes abgedruckt ist, eine Antinomie zu bemerken glaubt. In jenem Erkenntnisse wurde über eine Entschädigungsforderung des Erbpächters, weil ein Theil der Substanz, die Braugerechtigkeit, verloren gegangen war, geurtheilt: es entschieden die in gegenwärtigem Aufsatze entwickelten Grundsätze; in dem letzten Erkenntnisse war hingegen die Frage zu beantworten, wer die neuen, auf das Grundstück gelegten Steuern zu tragen verpflichtet sei? — welche Frage durch

Der muthmaßliche Wille der Parteien, zur Zeit der Eingehung des Contracts, war es, welcher allein die Materie zur Entscheidung beider Fälle darbot.

Die factischen Umstände, welche zur Verständlichkeit des Urtheils nöthig sind, sind folgende:

Am 14ten Juni 1790 überließ der H. Graf von der Schulenburg-Emden dem Halbspänner Johann Christoph Dankert, einen zu Emden belegenen Krug, mit dessen sämmtlichen Zubehörungen, 9 Morgen Land u. s. w. und namentlich „mit der Schenk- und Herberge-Gerechtigkeit und allen damit verbundenen Rechten, Lasten und Pflichten" in Erbpacht.

Der Erbpächter bezahlte an Erbstandsgeldern 1500 Rthlr. und versprach an Erbpacht jährlich drei Wispel und achtzehn Scheffel Rocken, jedoch nach dem Marktpreise in Gelde, zu entrichten, und in der Erndte gewisse Dienste zu leisten.

---

das Pr. Landrecht, Th. I. Tit. 21. § 199, entschieden wurde. — Der hiesige Appellations-Hof erkannte in beiden Fällen auf eine den Grundsätzen des Appellations-Hofes zu Cassel ganz conforme Weise. Man kann also jetzt so ziemlich als im Königreiche Westphalen begründete Jurisprudenz annehmen: daß bei Erbpachten der Erbpächter die auf bisher steuerfreie Grundstücke gelegten öffentlichen Lasten, als den Ertrag mindernde Abgaben, zu tragen verpflichtet; der Erbverpächter aber den an der Substanz des in Erbpacht gegebenen Gegenstandes sich ereignenden Verlust, als Eigenthümer der Substanz, zu leiden verbunden sey.

Die Constitution des Königreichs Westphalen führte eine allgemeine Gewerbefreiheit, gegen Lösung der Patente, ein. Der Erbpächter mußte also nicht nur, wollte er sein Gewerbe fortsetzen, ein Patent lösen, sondern er mußte sogar, erlauben (welches, nach der vorigen preußischen Verfassung, wo sein Gewerbe ein Monopol für ihn im Dorfe war, sich nicht so verhielt), daß sich noch ein Gastwirth und ein paar Schenken, im Dorfe besetzten.

Er glaubte nun, da er den Gegenstand seiner Erbpacht, das Monopol, zum Theil verloren, auch nicht ferner verpflichtet zu seyn, die bisherige ganze Erbpacht zu entrichten, und trug daher bei dem Tribunale zu Neuhaldensleben, indem er sich auf die Vorschriften des allgemeinen preußischen Landrechts [8]) stützte, darauf an:

ihn zum Beweise der jetzigen Einnahmen der in Erbpacht habenden Grundstücke, und der davon zu entrichtenden Lasten u. s. w., zuzulassen; nach geführtem Beweise aber, und, im Fall ein Ueberschuß nicht vorhanden, zu erkennen, daß er von der Verbindlichkeit, ferner

---

8) Thl. I. Tit. 31. § 207. „Hat das Erbpachtstück in seinem Ertrage, durch unvermeidlichen Zufall, eine solche fortwährende Verminderung erlitten, daß die bestimmte Erbpacht daraus nicht mehr genommen werden kann: so muß dieselbe bis auf den wirklichen reinen Ertrag des Pachtstückes heruntergesetzt werden.“

einen Erbpachts-Canon zu entrichten u. s. w. frei zu sprechen; im Fall aber sich ein Ueberschuß ergeben sollte, daß er nur verbunden, so viel als dieser Ueberschuß betrüge an jährlichen Erbpachts-Canon abzutragen, und daß Beklagter ihm alles seit Einführung der Patentsteuer zu viel Bezahlte herauszugeben verpflichtet sey.

Der Beklagte setzte diesem entgegen:

daß die Legislation des allgemeinen Landrechts auf den gegenwärtigen Fall deswegen nicht anzuwenden, da der fragliche Contract vor Publication desselben geschlossen sey;

daß die Concurrenz, entstehend durch die Patent-Einrichtung, dem Kläger mehr vortheilhaft als schädlich; (?)

daß die Substanz der Erbpacht-Grundstücke [9]), wofür die Erbpacht gegeben würde, in ihrer Integrität geblieben;

daß er, Beklagter, alles in seiner Macht Stehende gethan, um die Anlage eines zweiten Gasthofes zu Emden zu hintertreiben.

Das Tribunal zu Neuhaldensleben ertheilte hierauf am 5ten März 1811 folgendes Erkenntniß:

„Das Tribunal, in erster Instanz:

In Erwägung, 1) daß, laut des recognoscirten Contracts vom 14ten Juni 1791, und des über-

---

9) Der Grundstücke freilich: aber auch der Gerechtsame? —

einstimmenden Vortrages beider Theile, ein reines Erbpachtsverhältniß in medio ist, indem die Nutzungen der vererbpachteten Schenk- und Gastwirthschaft, nebst Gebäuden und zehn Morgen Ackers, mit dem dafür entrichteten, auf immer verfallenen, Erbstandsgelde von funfzehnhundert Thaler, incl. Eintausend Thaler in Golde, dem jährlichen Canon von drei Wispel achtzehn Scheffel Roggen und den unbestimmten Bansediensten in der Erndte zur Zeit des Vertrags in gleichem Verhältnisse standen;

2) in Erwägung, daß nicht allein nach dem allgem. preußischen Landrechte

Th. 1. Tit. 21. § 187 seqq.

sondern auch nach dem römischen Rechte,

L. 39. D. locati cond. (XIX. 2.)

Hellfeld, § 619. Jurisprud. for.

und nach dem gemeinen deutschen Privatrechte,

Runde, § 516,

das Eigenthum eines solchen Pachtstücks nicht auf den Erbpächter übergehet, sondern dem Verpächter verbleibt, und daher auch, nach dem allgem. L. R.,

L. c. § 207 seqq. 211,

nach dem römischen Rechte,

L. 33 D. loc. cond.,

nach dem deutschen Privatrechte,

Runde, a. a. O.,

nach den analogen generellen Vorschriften des C. N.,

Art. 1302,

nach den Grundsätzen der Billigkeit und nach der

Natur der Sache, eine, ohne Verschulden des Erbpächters, durch unvermeidlichen Zufall, oder durch höhere Gewalt herbeigeführte fortwährende, Verringerung des Ertrages des Pachtstücks nothwendig eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Canons zur Folge hat, und der auf gleiche Weise sich ereignende völlige Untergang der Erbpachtsgerechtigkeit eine gänzliche Befreiung von dieser Abgabe bewirkt, weil sonst das bisherige Verhältniß zwischen den Nutzungen und Lasten gestört werden, der Vertrag, gegen den ursprünglichen Willen der Contrahenten, eine andere Natur annehmen, und kein Erbpachtsvertrag bleiben würde;

3) in Erwägung, daß, nach der Constitution des Westphälischen Staats, die Gast- und Krugwirthschaft ein freies Gewerbe ist, und es, unter gewissen Einschränkungen, zu ihrer Ausübung nur der Lösung eines Patents bedarf, die ehemahligen Gerechtigkeiten dieser Art also nicht mehr existiren, und namentlich Verklagter die im Vertrage am 14ten Juni 1791 übernommene Garantie, daß außer dem Kläger in Emden keinem andern die Gast- und Kruggerechtigkeit ertheilt werden solle, nicht zu leisten vermocht hat, indem schon jetzt mehrere Einwohner von Emden, außer dem Kläger, dieselben Wirthschaften treiben, daß daher der vom Kläger bisher für dieses Monopol entrichtete Canon wegfällt, derselbe jedoch außerdem, wie schon gesagt, noch fruchttragende Grundstücke und

Gebäude erbpachtsweise besitzt, von denen der bisherige Canon, nach wie vor, gegeben, und deshalb das Verhältniß der bleibenden Nutzung zu der aufgehobenen Krug- und Gastgerechtigkeit zuvörderst ausgemittelt werden muß, bevor auf definitive Herabsetzung des Erbpachtzinses erkannt werden kann;

4) in Erwägung endlich, daß Kläger keine widerrechtliche Ausmittlung des jährlichen Ertrags des Pachtstücks verlangt; und wenn auch das Beweis-Thema von ihm zu weit ausgedehnt ist, dasselbe vom Richter beschränkt werden kann, übrigens eine Cumulation der Klage nicht vorhanden ist, da alle Anträge aus dem Vertrage vom 14ten Juni 1791 hergeleitet werden, und auf einem und demselben Fundamente bestehen, überdies aber auch die Bestimmung dieses Punctes dem definitiven Erkenntnisse vorbehalten bleibt:

daß Kläger, mit Vorbehalt des Gegenbeweises, binnen 14 Tagen, den Beweis darüber anzutreten befugt und gehalten:

in welchem Verhältnisse der Ertrag seiner, durch Einführung der Patente aufgehobenen, Krug- und Gastgerechtigkeit zu dem Ertrage der ihm verbliebenen, im Vertrage vom 14ten Juni 1791 näher bestimmten, fruchttragenden Grundstücke und Gebäude, mit Rücksicht auf das bezahlte Erbstandsgeld von 1500 Rthlr. incl. 1000 Rthlr. Gold, auf den jährlichen

Canon von 3 Wispel 18 Scheffel Roggen, und auf die, jährlich in der Ernte unbestimmt zu leistenden, Bansedienste steht, in wie weit daher, durch Aufhebung der genannten Gerechtigkeit, der Ertrag des ganzen Erbrechtsstücks gemindert worden, und in wie weit die erwähnten Lasten herabgesetzt werden möchten, damit das im allegirten Erbpachtscontracte angegebene Verhältniß zwischen den Nutzungen und Lasten wieder hergestellt werde."

Die zweite Section des Appellations-Hofes bestätigte dieses so schön motivirte Erkenntniß durch folgendes, am 19ten October 1811 abgegebene Urtheil, worin jene Entscheidung noch tiefer begründet, und in ihrer Ausführung näher bestimmt wurde.

U r t h e i l.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht folgender Vorschriften des allg. Landrechts für die preußischen Staaten: 1ster Thl. 21ter Tit. § 187, 195, 207, 208, 209, 210, 211, des Einganges, wie auch der Art. 10 und 11 des königl. preußischen Publications-Patents des allg. Landrechts, d. d. 11ten April 1803 [10]), des

---

10) „Le code de Prussien est le premier qui ait donné quelques principes sur l'application retroactive des lois;

Art. 12 der Constitution des Königreichs, des Gesetzes vom 5ten Aug. 1808, desgl. v. 12ten Febr. 1810, die Einführung der Patentsteuer betreffend, wie auch eines unter den streitenden Theilen am 14ten Juni 1791 abgeschlossenen, im Original producirten, Erbpacht-Contracts:

In Erwägung, daß es ein durch die Gesetze aller Zeiten anerkanntes Axiom ist, daß jedes Rechtsgeschäft, in Hinsicht der daraus unter den contrahirenden Parteien entstehenden Verhältnisse und der daraus fließenden rechtlichen Folgen, nach den Gesetzen derjenigen Zeit und desjenigen Ortes zu beurtheilen sind, unter welchen jenes Rechtsgeschäft von den Parteien eingegangen;

In Erwägung, daß der von den Parteien abgeschlossene Erbpacht-Contract am 14ten Juni 1791 zu Stande kam, also zu einer Zeit, wo weder die jetzt geltenden Gesetze, noch die Vorschriften des

---

il renferme aussi des titres très-importans, et qui cependant n'ont été qu'esquissés dans nôtre code: tel est celui de la possession. . . . . L'étude de ces titres, comme de tout le code Prussien, est fort utile même pour un Français. Nous le répétons: ce code est un excellent traité de droit, formé de ce qu'il y a de meilleur dans les lois Romaines." Mauguien, Bibliothéque du Barreau. T. IV. 1811. p. 14. Ich glaubte, daß es nicht unzweckmäßig sey, in den jetzigen Zeiten, wo eine große Menge deutscher Gelehrten es für verdienstlich, und ein Zeichen besonderer Aufklärung hält, die deutsche Legislation zu verachten, zu zeigen, daß unbefangene Ausländer der entgegengesetzten Meinung sind.

erst am 1sten Junius 1794 in Wirksamkeit gesetzten allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten eine Norm für die aus solchem Contracte fließenden Folgen abgeben konnten, daß daher diese lediglich aus dem Wesen des Erbpacht-Contracts, so wie solches vor dem 1sten Juni 1794 durch Gesetze und Gewohnheiten sich darstellte, zu beurtheilen;

In Erwägung, daß, nach dem hier also, in Ermangelung von Local-Statuten, zur Anwendung kommenden allgemeinen deutschen Gewohnheits-Rechte (an welchem die nachherige preußische Legislation, in Betreff des Erbpacht-Instituts, nichts geändert, vielmehr solches nur näher bestimmt), die Erbpacht ein Vertrag ist, durch welchen das vollständige Nutzungsrecht eines Gegenstandes, gegen eine verhältnißmäßige Abgabe, jemanden erblich übertragen wird; woraus also folgt, daß das Eigenthum der Sache selbst, dessen Nutzungsrecht übertragen wurde, dem Erbverpächter, auch nach abgeschlossenem Erbpachtvertrage, verbleibt;

In Erwägung, daß wenn aus dem Wesen dieses deutschen Institutes folgt, daß der Erbpächter alle diejenigen Zufälle und Lasten tragen muß, welche das ihm eigenthümlich zustehende Nutzungsrecht betreffen, daß er also, da öffentliche Abgaben in Hinsicht des Ertrages eines Grundstückes geleistet werden, diese, eben so gut als ein Nutznießer übernehmen müsse, indem in Hinsicht der

vollständigen Nutzung des in Erbpacht überlassenen Grundstücks der Erbverpächter vollkommen als Fremder anzusehen ist: ebenfalls aus diesen Grundsätzen folgen müsse, daß alle Zufälle, welche die Substanz der verliehenen Sache, deren directes Eigenthum in dem Vermögen des Erbverpächters blieb, betreffen, von diesem getragen werden müssen;

In Erwägung, daß hieraus ferner folgt, daß zwar jede Verminderung des Ertrags eines in Erbpacht gegebenen Gegenstandes, so lange die Substanz desselben nicht vermindert wird, lediglich von dem Erbpächter zu tragen, daß aber, wenn der Gegenstand der Erbpacht selbst eine Verkleinerung erleidet, oder vernichtet wird, dieser Zufall von dem Erbverpächter zu tragen sey;

In Erwägung, daß diese Tragung des Schadens an der Substanz sich dadurch äußert, daß, in Hinsicht des vernichteten Theils, der Erbpacht-Contract ipso jure aufhört;

In Erwägung, daß, im vorliegenden Falle Gegenstände der Erbpacht sind:

a) ein Kruggebäude und verschiedene dazu gehörige Grundstücke;

b) ein in einer Krugwirthschaft, nach den vorigen Gesetzen, bestehendes Monopol;

und daß die erstgenannten Gegenstände keinen Verlust an ihrer Substanz gelitten, die allenfallsigen,

ihre Nutzungen betreffenden Verminderungen oder darauf gelegten Abgaben von dem Erbpächter, als Eigenthümer des Nutzungsrechtes, allein zu tragen; daß hingegen das zuletzt genannte Krugwirthschafts-Monopol durch die stattgehabte Staatsveränderung gänzlich untergegangen, und daß, wenn Appellat noch jetzt die Krugwirthschaft in dem ihm in Erbpacht gegebenen Gebäude betreibt, dieses nicht deswegen geschieht, weil ihm von dem Erbverpächter solches Gebäude in Erbpacht überlassen, sondern lediglich, weil er, nach Maasgabe der neuen Gesetzgebung, ein Patent behuf der Ausübung der Krugwirthschaft gelöset hat: daher es denn ganz gegen das dargestellte Wesen des Erbpachtcontracts eben sowohl, als gegen die ersten Gesetze der natürlichen Billigkeit anstoßen würde, wenn er in Zukunft eine Pacht von einem nicht mehr vorhandenen Monopole bezahlen müßte;

In Erwägung, daß demnach dasjenige Verhältniß ausgemittelt werden muß, welches zwischen den in Bestand gebliebenen und den durch die neue Staatsverfassung untergegangenen Gegenständen der Erbpacht Statt hat, alsdann aber, um das Resultat zu finden, welche Erbpacht, von der Zeit des aufgehobenen Monopols, von dem Appellaten zu entrichten, die beim Eingang des Contractes ersprochenen Prästationen, mit Berücksichtigung des erlegten Erbstandsgeldes, in eben der Maaße zu theilen, als der Gegenstand der Erbpacht bestanden oder un-

tergegangen, und die Verpflichtung der Prästation nur in eben der Maaße für bestehen geblieben zu erachten, als der Gegenstand der Erbpacht selbst bestehen geblieben;

Erkennt:

daß zwar von dem Tribunale zu Neuhaldensleben durch dessen Erkenntniß, d. d. 5ten März 1811 wohlgesprochen, jedoch solches dahin zu erklären,

daß Appellat verpflichtet, die Patentsteuer, welche er für die ausübende Krugwirthschaft bezahlt, da diese jetzt kein Gegenstand der Erbpacht mehr seyn kann, allein zu tragen, und dieserhalb dem Appellanten nichts in Abrechnung zu bringen; imgleichen,

daß bei Ausmittelung des Ertrages der dem Appellanten gebliebenen Grundstücke vorzüglich darauf mit Rücksicht zu nehmen, daß die Krug-Nahrung in dem fraglichen Gasthause bisher ausgeübt, daher dasselbe durch die dadurch erlangte Kundschaft einen höhern Werth als ein anderes, dieser Vortheile nicht genießendes Gebäude erlangt, wie auch, daß die Einrichtung und Lage desselben (in sofern solches der Fall) dasselbe zur Ausübung der Krugnahrung vorzüglich passend mache.

Uebrigens sind von den Parteien, nach Maas-

gabe des 13ten Tit. des 1sten Buchs der Pr. Ord., die ferner nöthigen Anträge bei dem Tribunale 1ster Instanz zu machen, und werden die Kosten, nach Vorschrift des Art. 87. Pr. Ord., compensirt.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellat.-Richter, H. Blumenbach, Proc.-Gen.-Subst.

Gleiche Grundsätze, als diejenigen sind, worauf das eben mitgetheilte Erkenntniß gestützt ist, wurden auch in dem hier auszugweise folgenden Erkenntnisse, in Sachen Kamlah gegen Bornträger, von der 2ten Section des Appellations-Hofes zur Anwendung gebracht.

Es wird nur nöthig seyn zu bemerken, daß es darauf ankam, zu entscheiden, ob eine unter der alten Gesetzgebung in einer Privat-Urkunde geschehene Schenkung, deren Erfüllung unter der Herrschaft des Gesetzbuchs Napoleons gefordert wurde, die ursprüngliche Kraft behalten habe oder nicht.

Der angebliche Schenker behauptete, sie könne jetzt keine Wirkung äußern; der Schenknehmer setzte entgegen: Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito

tempore et adhuc pententibus negotiis cautum sit [11].

Urtheil.

Der Appellationshof:

Nach Ansicht der eingesandten Acten erster Instanz, so wie der damit combinirten, in Sachen Niehoff wider Kamlah verhandelten Acten, u. s. w.

In Erwägung, daß die Rechtsbeständigkeit eines unbedingten Vertrages, in Ansehung seiner äußern Form, nach den zur Zeit der Vollziehung und Perfection desselben geltenden Gesetzen zu beurtheilen ist, und daß die Verbindlichkeit zur Erfüllung eines solchen Vertrages sich auch auf die darin stipulirten Prästationen erstreckt, welche erst zur Zeit der Gültigkeit eines, dem Vertrage eine andere Form vorschreibenden, Gesetzes fällig werden, indem der Contrahent, durch die rechtsbeständige Eingehung des Vertrages selbst, ein vollkommenes Recht auf die darin zugesicherten, wenn gleich erst später fälligen, Leistungen erlangte; daß daher das producirte, vom 18ten August 1806 datirte, Schenkungs-Instrument, nicht nach den Vorschriften des Art. 931 des Code Napoléon [12], beurtheilt werden kann;

---

11) L. 7. C. de legibus. Vergl. Weber über die rückwirkende Kraft der G.G. S. 3 f.

12) L. 11. § 1. D. qui pot. in pign. (XX. 4). C. N.

In Erwägung, daß diese Grundsätze auch dadurch ihre Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall nicht verlieren, daß das gedachte Instrument mit einem authentischen Dato nicht versehen ist, da eine Unrichtigkeit des angegebenen Datums, noch zur Zeit, überall nicht constirt, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit desselben sich aber, bei diesem Contracte, demnächst durch die Agnition, oder, im Falle der Ableugnung, durch das alsdann nothwendige Verifications-Verfahren eo ipso ergeben wird, u. s. w.

Erkennt:

daß die Sentenz des Tribunals des Districts Braunschweig vom 20sten December 1810 lediglich zu bestätigen ist, die Kosten dieser Instanz aber gegen einander verglichen werden.

(6. Juli 1811.)

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer.

---

art. 1179. Chabot (de l'Allier) jurispr. trans. T. I. p. 139. „. . . . on ne peut supposer que les parties aient voulu former un engagement, dont elles n'auroient pas connu les effets, et qu'elles s'en soient rapportées à une loi future dont elles ne pouvoient prévoir les dispositions. Cette supposition seroit en contradiction manifeste avec le caractère et l'essence d'une convention qui est toujours nécessairement fixe et précise au moment ou elle se forme, puisque elle est le resultat de ce que les parties ont voulu et arrêté entre elles."

XXXII.

Conclusionen des öffentlichen Ministerii. — Evocation.

Wird der Mangel der Conclusionen des öffentlichen Ministerii, in erster Instanz, in einer Sache, worin sie nothwendig sind, dadurch gehoben, daß diese Conclusionen in der Appellations-Instanz ordnungsmäßig Statt haben?

Welche Grundsätze haben, nach dem Art. 370 Pr. Ord. (Art. 473. Code de proc. fr.), in Hinsicht der Evocation der Sachen von Seiten des Oberrichters Statt?

I.

In dem Rechtsstreite, dessen Geschichte in dem folgenden Aufsatze erzählt wird, hatte die beklagte Partei um Verweisung der Sache an das Tribunal zu Magdeburg bei dem Tribunale zu Goslar, in Bezugnahme auf den Art. 122. Pr. Ord. (Art. 171. Code de proc. fr.), wegen Connexität und Rechtshängigkeit, gebeten. Das Tribunal zu Goslar hatte darauf ein Erkenntniß abgegeben, ohne das öffentliche Ministerium gehört zu haben (wenigstens war, daß dieses geschehen, nicht in dem Urtheile ausgedrückt, und daher anzunehmen, daß solche

Form nicht beobachtet wurde) [1]), obgleich im Art. 44 der Pr. Ord. ausdrücklich vorgeschrieben ist: „Die Anwälte der Parteien sollen, ehe sie einen Termin in der öffentlichen Gerichtssitzung auswirken, dem königlichen Procurator die Beweisstücke und Acten ihrer Parteien in folgenden Sachen mittheilen:.....
3) im Falle der Einwendungen (déclinatoires), wegen Incompetenz oder Rechtshängigkeit.“ [2])

Der Appellant zählte dieses Versehen ausdrücklich unter seine Beschwerden, und motivirte mit daraus seine Conclusionen in der Hauptsache, welche auf Annullation und Reformation des unterrichterlichen Erkenntnisses gingen.

Dieser Rechtsfall giebt mir Gelegenheit zu folgenden Erörterungen, deren Theorie durch das mitgetheilte Erkenntniß (i. S. Hildebrand c. Klipsch, d. d. 19ten October 1811.) von der 2ten Section des Appellations-Hofes zum Theil ausgesprochen ward.

---

1) Wäre auch wirklich das Ministère public gehört, und dies nur in dem Audienz-Protokolle zu bemerken vergessen, so würde doch der Beweis jener Auslassung, nach der französischen Jurisprudenz, nicht zulässig gewesen seyn. Erkenntniß des franz. Cassat. Hofes, d. d. 6ten Thermidor XIII. Merlin, répert. s. v. inrégistrement, T. III. p. 684.

2) Der französische Code de procédure sagt Art. 83. Nr. 3, lediglich: „Les déclinatoires sur incompetence.“

Die erste Frage, deren Beantwortung hier nothwendig wird (unter der Voraussetzung, die wohl, nach dem angezogenen Gesetze, keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß das Tribunal zu Goslar durch die erwähnte Versäumung eine Nichtigkeit [5]) begangen hatte, welche, wenn von einem Erkenntnisse letzter Instanz die Rede gewesen wäre, die Aufhebung der Sentenz, durch die Requête civile, und da dies nicht der Fall war, die Annullation derselben durch den Appellations-Richter zur Folge haben konnte) ist unstreitig die:

Wird der Mangel der Conclusionen des öffentlichen Ministerii in erster Instanz nicht dadurch gehoben, daß diese Conclusionen vor dem Appellations-Hofe ordnungsmäßig Statt haben?

Würde man diese Frage bejahen können, so

---

5) Da hier von einer Incompetenz die Rede war, welche daher entstehen sollte, daß schon ein anderes Tribunal die Sache zur Entscheidung empfangen hätte, so würde die Zurückweisung selbst ex officio, wenn Gründe zu derselben vorhanden gewesen, haben erkannt werden müssen, daher die Conclusionen des Ministère public um so nöthiger waren. Praticien franç. T. I. p. 335. Etwas ganz anderes ist es, wenn eine incompetentia ratione personae nur in Frage steht; diese muß von den Parteien angeführt werden, wenn das Ministère public verpflichtet seyn soll, solcherhalb Anträge zu machen.

wäre es völlig überflüssig, die gerügte Nichtigkeit in die geringste Erwägung zu ziehen: sie möchte Statt gehabt haben, oder nicht, wiederholte man sie nur nicht in der Appellations-Instanz, so würde das in solcher abgegebene Erkenntniß ohne Mangel erscheinen, und (in dieser Hinsicht) durch die Cassation nicht anzufechten seyn.

Jedes Erkenntniß [4]), in welchem ein Gesetz verletzt wurde, ist nichtig. Diese Nichtigkeit ist in Hinsicht des Gesetzes stets absolut, in Hinsicht der Parteien nur bedingt: in sofern sie nämlich von ihnen, auf die gesetzliche Weise gerügt wird. Sie kann sowohl von dem Appellations-Richter (wenn die Sache vor ihn erwachsen ist), als von dem Cassations-Hofe, wenn das Erkenntniß in letzter Instanz abgegeben ward, ausgesprochen werden [5]). Mit Erfolg für die Parteien wird sie also nur dann ausgesprochen,

---

4) Avis du conseil d'état de France du 31 Janvier 1806. (Lois publiés dans les Départements hanséatiques, T. I. p. 208). „Les actes émanés de ces cours (d'appel) n'ont le caractère de décisions souveraires, qu'autant qu'ils sont révêtus de toutes formalités requises pour constituer un jugement. Si les formes ont été violées *il n'y a pas de jugement à proprement parler*, et la cour de cassation détruit un acte irrégulier."

5) Daß auch der Appellations-Hof lediglich „dans l'interêt de la loi" erkennen könne, leidet nach der französischen Jurisprudenz nicht den geringsten Zweifel. Erkenntn. des Appell.-Hofes zu Brüssel, d. d. 1sten August 1808. Jurispr. du C. N. T. XI. p. 344.

wenn diese, mit Beobachtung der gesetzlichen Formen, hierauf antrugen. Thaten sie dieß, so muß sie ausgesprochen werden.

Diese Theorie auf den gegenwärtigen Fall angewendet, kömmt es darauf an, ob einer der streitenden Theile (hier waren die Conclusionen des öffentlichen Ministerii nicht zum Besten eines einzelnen Theils [6]) angeordnet) auf den Ausspruch der begangenen Nichtigkeit, und also auf die Annullation des Erkenntnisses, in welcher die fragliche Form versäumt wurde, drang, oder nicht.

War das letzte der Fall, so hatte der Appellations-Hof keinesweges die Befugniß, sie ex officio auszusprechen: denn obgleich der Richter die von den Parteien anzuführen versäumten Rechtsgründe zu ergänzen verpflichtet ist, so erstreckt sich dieses jedoch nicht dahin, daß er zu den Conclusionen der Parteien etwas hinzufügen und über nicht gebetene Sachen entscheiden dürfte [7]).

---

6) Vergl. Pr. Ord. Art. 425. No. 8.

7) Merlin, quest. T. II. p. 492. „Les juges sont obligés de suppléer les moyens de droit que les parties peuvent omettre dans leur défense, à l'apuis des conclusions qu'elles ont prises. Mais suppléer des moyens de droit uniquement relatifs à des conclusions *que les parties n'ont ni prises, ni annoncés vouloir prendre*, c'est ce que les juges ne peuvent pas faire, puisque ce seroit équivalement conclure pour les parties elle-mêmes.“

Bath aber die competente Partei um den Ausspruch der von dem Unterrichter begangenen Nichtigkeit (wie wirklich der Fall war): so lag dem Appellations-Hofe hierzu auch die Pflicht ob, selbst dann, wenn er das von dem Unterrichter abgegebene Erkenntniß zu reformiren die Absicht gehabt hätte. Zwar würde in diesem Fall die Partei nichts verloren haben; (denn wenn sie ein ihren Conclusionen gemäßes Erkenntniß erhielt, konnte es ihr gleichgültig seyn, ob das vorige Urtheil annullirt ward oder nicht) und gleichwie irgend eine Beschwerde, so würde ihr auch jedes Rechtsmittel fehlen: aber dem Wächter der Gesetze würde ein solches dennoch zustehen. Die vom Unterrichter begangene Nullität war einmahl zur Sprache vor den Oberrichter gekommen, er mußte entscheiden, und für nichtig erklären, was nichtig war, um dem Gesetze dem ihm gebührenden Triumph zu verschaffen. Es war einerlei, ob das öffentliche Ministerium in seinen Neben-Conclusionen auf die Annullation des Erkenntnisses angetragen hatte, oder nicht: die Sache war zur Sprache gekommen.

Dann aber, wenn die Partei, welche auf den Ausspruch der Nichtigkeit drang, untergelegen hätte, würde selbst diese die Cassation gegen das Erkenntniß, welches die gerügte Nichtigkeit nicht aussprach, zur Hand nehmen können.

Die hier entwickelte Theorie (welcher gemäß

die zweite Section des Appellations-Hofes die Sentenz des Tribunals zu Goslar annullirte) folgt nicht nur aus der Natur der Sache, und begründet so ihre theoretische Richtigkeit, sondern sie ist auch längst von der französischen Jurisprudenz angenommen.

H. Merlin drückt sich darüber [8]) folgendermaßen aus: „Man darf nicht annehmen, daß das Erkenntniß eines Appellations-Gerichts stets aus der Ursache cassirt werden müsse, daß es nicht den Gesetzen zufolge [9]), ein Erkenntniß erster Instanz deßwegen annullirte, daß dieses ohne die Conclusionen des öffentlichen Ministerii abgegeben wurde.

Unstreitig würde es cassirt werden müssen, wenn es selbst nicht nach Anhörung der Conclusionen des öffentlichen Ministerii abgegeben wäre.

Es müßte dieses gleichfalls, wenn diejenige Partei, welche ein Interesse dabei hätte, den Mangel der Conclusionen des öffentlichen Ministerii in erster Instanz zu rügen, dieses in der Appellations-Instanz gethan, und, dem zu Folge, um die Annullation des unterrichterlichen Erkenntnisses gebethen hätte.

Wäre aber von dieser Partei, in dieser Hin-

---

8) Questions de droit, T. II. p. 488. S. v. conclusions du Ministère public.

9) Der Verf. hatte hier das Gesetz vom 24sten Aug. 1790 vor Augen, dessen Vorschriften aber gänzlich in die neue Gesetzgebung übergegangen sind.

sicht, in der Appellations-Instanz nichts vorgetragen, so würde sie nicht berechtigt seyn, deßhalb die Cassation zur Hand zu nehmen, daß das Appellations-Gericht die fragliche Nichtigkeit nicht von Amts wegen ausgesprochen hätte."

Da nun in der Sache, in welcher H. Merlin das Obige vortrug, die Partei, welcher an den Conclusionen des öffentlichen Ministerii gelegen war, den fraglichen Mangel vor dem Appellations-Hofe nicht zeitig gerügt hatte: so erfolgte auch von dem Cassationshofe, bei welchem jene Partei dennoch auf die Cassation des Erkenntnisses des Appellationsgerichts, welches nicht ex officio jenen Mangel in Betracht gezogen, antrug, folgendes

Urtheil.

In Erwägung, daß der Mangel der Conclusionen des öffentlichen Ministerii, bei der Abgebung des Erkenntnisses erster Instanz, nicht früher vor dem Appellations-Gerichte gerügt ist, als in dem Augenblicke, da die Richter, um zu berathschlagen, sich in das Deliberations-Zimmer zu begeben in Begriff waren, und daß keine Anträge in jener Hinsicht gemacht wurden;

Daß auch die Principien, welche hier zur Entscheidung dienen, von dem Appellations-Gerichte in den Gründen des Erkenntnisses anerkannt sind, und daß also, wenn das Gericht über jene

Richtigkeit nicht entscheiden konnte, dieses lediglich daher veranlaßt wurde, daß die nöthigen Anträge versäumt waren;

Daß auch, indem das Gericht, dem zu Folge, zur Beurtheilung der Sache selbst überging, es darin dergestalt verfügte, als wenn es ein ganz neues Erkenntniß abgegeben hätte;

Daß also weder in Hinsicht der Materie noch der Form durch das Erkenntniß des Appellations-Gerichts gegen irgend ein Gesetz gehandelt wurde:

Verwirft u. s. w.

2.

Nachdem entschieden, daß die angefochtene Sentenz annulliret werden müsse, both sich die zweyte Frage zur Beantwortung dar:

Ob der Appellations-Hof sofort zur Abfassung einer neuen Sentenz schreiten könne, oder ob er die Verpflichtung habe, die Sache an den ersten Richter zurückzuweisen, damit dieser, nach Anhörung des öffentlichen Ministerii, auf eine rechtsgültige Art, in der Sache statuire?

Sowohl nach dem römischen, als nach dem westphälischen Rechte, konnte die Beantwortung der aufgeworfenen Frage keinen Schwierigkeiten unterworfen seyn. Das erstere verbiethet es dem Appellationsrichter ausdrücklich, nach Einfüh-

rung der Appellation, die Sache an den vorigen Richter zurückzuweisen. Des Appellations-Richters Pflicht ist es, die Sache zu beendigen, sey dieses nun durch ein abänderndes, oder durch ein bestätigendes Erkenntniß [10]).

Es war diese Vorschrift des in seinen Normen, in der Regel, so consequenten römischen Rechts eine natürliche Folge der Devolution, einer so wesentlichen Wirkung der Appellation, daß es im hohen Grade gegen deren Wesen anstößt, irgend etwas zu statuiren, was ihre völlige Wirkung stören könnte [11]).

Dieser römischen Jurisprudenz war die französische, unmittelbar vor der Publication des Code

---

10) L. 6. C. de appellat. et consultat. (VII. 62). Eos, qui de appellationibus cognoscent et judicabunt, ita judicium suum praebere conveniet, vt intelligant, quod cum appellatio post decisam sententia litem interposita fuerit, non ex occassione aliqua remittere negotium ad judicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia terminare conveniat: cum salubritas legis constitutae ad id spectare videatur, vt post sententiam ab eo, qui de appellatione cognoscit recursus fieri non possit ad judicem, a quo fuerit provocatum, etc. Auch nach dem canonischen Rechte, war es dem Oberrichter erlaubt, wenn von einem Incident-Puncte appellirt war, die ganze Sache vor sein Gericht zu ziehen. C. 59 u. C. 60. X. de appell. C. 5. de app. in VIto. G. L. Böhmer, princ. jur. can. § 341.

11) Vergl. v. Almendingen, kleine jur. Schriften, Thl. 4. S. 113.

de procédure geltende, völlig gleichförmig 12). Man nahm strenge an, daß es nur zwei Jurisdictions-Grade gebe, und daß, wenn also der com-

---

12) Nicht so die ältere: „Autrefois les anciennes cours n'évocaient jamais: si elles étoient saisies de l'appel d'un préparatoire et qu'elles confirmassent, l'instruction étoit continuée devant les premiers juges; si elles infirmoient, elles renvoyoient devant une autre.“ (Bemerkungen der cour d'appel de Dijon über den Code de procéd.) Die Ordonnanz von 1667 erlaubte die Evocation, als einen Gebrauch den sie bereits vorfand. Praticien fr. T. III. p. 220. Die neuere französische Jurisprudenz fand ihre Grundsätze vorzüglich in dem Ges. vom 3ten Brumaire, Jahr II. Art. 7. „Cet article, en effet, en disant que les juges d'appel ne peuvent statuer *que sur les demandes formées en prémiere instance*, insinue assez clairement qu'il peuvent statuer sur toutes les demandes qui ont été *formées* devant le premier tribunal, quoique le premier tribunal ne les ait pas décidées; et qu'il doivent le faire toutes les fois que le 1er tribunal à mal procédé, en ne les jugeant pas.“ (Merlin, l. c. p. 326.) Hieraus ist also ersichtlich, wie das Gesetz vom 24sten Aug. 1790. Tit. II. Art. 17, wodurch zwei Instanzen angeordnet und die Evocationen verboten wurden, zu erklären sey. Erkenntn. des Cassat. Gerichts, d. d. 25. Germinal, Jahr X. Es hatte keinen andern Zweck, als zu verhindern, daß die Appellations-Gerichte über Gegenstände entschieden, welche noch nicht in erster Instanz vorgebracht waren, nicht aber zu verhindern, daß nicht in der Sache selbst gesprochen würde, wenn dieses auch die ersten Richter hätten thun können. — H. Bachoven (Gesetzbuch über den bürgerl. Pr. Düsseldorf 1810. 8. — S. 325.) hat also Unrecht, wenn er glaubt, daß durch den Art. 473. C. de pr. ein älteres Recht hergestellt sey: es war vielmehr dieser ganz der neuen Jurisprudenz gemäß; ja er schränkte sie in etwas ein. — Vergl. Merlin, l. c. T. I. p. 342.

petente Richter erster Instanz in einer Sache einmahl gesprochen hatte, dessen Ministerium, in Hinsicht dessen, welches seinem Ausspruche unterworfen war, erschöpft sey, und daß daher diese Streitsache nicht wiederum vor ihn gelangen könne. Besonders wandte man aber diese Grundsätze dann an, wenn der erste competente Richter in der Form gefehlt, und also nichtiger Weise erkannt hatte. Es sey ein Grundprincip (sagten die französischen Rechtsgelehrten) [13]) der Civil-Legislation, welche sich dadurch von der Criminal-Gesetzgebung unterscheide, daß ein Appellations-Gericht zugleich Richter der Form und der Sache selbst sey; daß es die Verpflichtung habe, sowohl die Regeln der gerichtlichen Ordnung (des formellen Rechts) als die Regeln des Rechts und der Gerechtigkeit (des materiellen Rechts) aufrecht zu erhalten; daß also seine Verpflichtung mit sich bringe, nicht nur die Unregelmäßigkeiten, welche die ersten Richter in der Form ihrer gerichtlichen Handlungen begehen konnten, auszugleichen; sondern auch die Irrthümer und Unterlassungen zu verbessern, welche, in Hinsicht der Sache selbst, Statt haben konnten.

Aus diesen Grundsätzen leitete Merlin [14]) die nachgesetzten Folgerungen ab:

---

13) Vergl. Merlin, quest. T. I. S. 318. — Der praticien fr. hat alles, was er T. III. p. 224 seqq. über diese Materie sagt, aus Merlins quest. wörtlich genommen.

14) Questions l. c.

Das Tribunal erster Instanz

a) hat die Formen gehörig beobachtet, aber in der Sache selbst übel geurtheilt: — Dann reformirt das Appellations-Gericht;

b) oder jenes hat die Formen nicht beobachtet, und auch übel geurtheilt: — Dann annullirt das Appellations-Gericht, und giebt ein neues Erkenntniß ab;

c) oder das Gericht der ersten Instanz hat die Formen nicht beobachtet, und wohl geurtheilt: — Dann annullirt das Appellations-Gericht das nichtige Erkenntniß, und giebt ein neues gleichlautendes ab[15]).

Diese Jurisprudenz war bis zur Publication des Code de procedure civile franç. die einzige vom Cassations-Gerichte angewendete. Dieses Gesetzbuch brachte jedoch in sofern eine Veränderung in dieselbe, daß es durch den Art. 473, welcher wörtlich mit dem Art 370 unserer Pr. Ord. über-

---

15) Vergl. Merlin, l. c. Erkenntn. des Cassat.-Gerichts, d. d. 24sten Prairial VIII. „Attendu qu'aux termes des decrets, il ne doit y avoir que deux degrés de jurisdiction en matière civile; que le tribunal civil du departement de l'Orne, en renvoyant, par le jugement susdaté, par devant les juges competens, pour statuer sur . . . . . , à fait subir plus que deux degrés de jurisdiction pour le réglement définitif de la même demande principale; et qu'ainsi il est contrevenu formellement aux dispositions des lois relatives à l'organisation judiciaire.“

einstimmt, dem Appellations-Richter dasjenige erlaubte, welches vorher seine unerläßliche Pflicht war [16]). Beide, das französische und das westphälische Gesetz sagen nemlich:

„Wenn von einem interlocutorischen Erkenntnisse appellirt, und dasselbe aufgehoben wird, auch die Sache in der Lage ist, um endlich entschieden zu werden, so können die Richter der Appellations-Instanz durch ein und dasselbe Erkenntniß auch zugleich in der Hauptsache entscheiden. Eben dieß gilt in dem Falle, wo die Richter der Appellations-Instanz wegen eines Mangels in der Form, oder aus irgend einer andern Ursache, endliche Erkenntnisse aufheben."

Man überließ es also, wie auch der Redner des französischen Staatsraths, bei der Vorlegung des Gesetzes sagte [17]), dem Ermessen des Richters, zu untersuchen, ob in dem fraglichen Falle es nicht unnütz, oder ob es nicht selbst den Parteien vortheilhaft sey, zu verhindern, daß die Sache noch zwei neuen Instanzen unterworfen würde.

Eine Veränderung in der Legislation die nicht ohne die Bemerkungen mehrerer Appellations-Ge-

---

16) So wurde also so ziemlich die Theorie der Ordonnance von 1667 wieder hergestellt, welche die Evocation erlaubte, unter der Bedingung, daß die Sache hinlänglich instruirt sey, um sogleich in der Audienz entschieden zu werden.

17) Motifs, p. 134.

richte geblieben war, die, aus sehr triftigen Gründen, die alte Legislation, jedoch mit Modificationen, zurückwünschten [18]).

Keinem Zweifel ist es also unterworfen, daß, nach der jetzigen sowohl französischen, als westphälischen Legislation, die Frage, „ob in einem concreten Falle eine Evocation Statt finden dürfe, oder nicht," dem Ermessen des Appellations-Richters anheim gestellt sey.

Nach dieser gesetzlichen Erlaubniß, entschied in der vorliegenden Sache der Appellations-Hof sofort in der Hauptsache, auf eine gewiß äußerst zweckmäßige Weise, da, bei völlig instruirter Sache, eine Rückweisung an das Tribunal zu Goslar den Parteien völlig überflüssige Kosten gemacht haben würde.

Uebrigens ist annoch zu bemerken, daß weder der Art. 370 Pr. Ord., noch der Art. 473 Code de proc. auf den Fall anzuwenden sind, wo ein gänzlich incompetentes Gericht in erster Instanz gesprochen hätte. Dieser Fall ist wesentlich von demjenigen verschieden, wo ein sonst competentes

---

18) So schlug das Appellations-Gericht zu Dijon vor, den Art. dahin abzuändern: „Lorsqu'une cour d'appel annulle pour vice de forme, un jugement de première instance, par le même arrêt elle statue sur la contestation principale ou incidente qui avoit fait la matière du dit jugement, sans pouvoir renvoyer devant les premiers juges pour y être prononcé de nouveau."

Gericht Nullitäten begeht. In diesem Falle hatte eine erste Instanz Statt, nicht in dem ersten. Da nun die Parteien nie der ersten Instanz beraubt werden dürfen, so folgt auch daraus, daß wenn die unregelmäßige Handlung eines incompetenten Gerichts (ein Erkenntniß im eigentlichen Sinne kann man es nicht nennen) von dem Ober-Richter vernichtet wird, dann die Parteien zu dem competenten Richter zuerst zu verweisen sind 19).

---

19) Erkenntn. des Cassat.-Gerichts, d. d. 9. Pluviose VII. Merlin, quest. T. I. p. 341.

XXXIII.

Abstand vom Rechtsstreite.

Kann ein Abstand vom Rechtsstreite ohne Einwilligung des Beklagten Statt haben?

Durch die Litiscontestation verpflichten sich die streitenden Theile zur Fortsetzung des Rechtsstreites bis zur richterlichen Entscheidung [1]). Nach den Grundsätzen des römischen Rechts werden jene durch dieselbe quasi ex contractu verpflichtet [2]).

Eine natürliche Folge hiervon ist, daß, so wenig der Beklagte sich der Verfolgung des Klägers entziehen kann (es sey denn durch Gewährung des Gegenstandes der Klage): eben so wenig der Kläger, ohne Einwilligung des Beklagten, von einem Rechtsstreite abzustehen vermag, woraus die-

1) L. 3. § 11. D. de peculio. (XV. 1.).

2) Langsdorf, über die pacta und contractus nach dem justinianischen Rechte, in Hugo's civilistischem Magazin, 4tes Heft, No. XVIII. (oder in der 3ten Aufl. 1ster Thl. S. 156.)

ser nicht nur Verpflichtungen, sondern auch Rechte erlangte [3]).

Die Instruction eines Rechtsstreits ist der Erfolg der Bemühungen beider Theile. Welch eine Ungerechtigkeit würde es daher seyn, zu erlauben, daß dieser, oft so kostbare, Erfolg (die Aufklärungen, welche die Sache erhielt, die Geständnisse, und erlangten Beweise) durch des Klägers einseitigen Willen dem Beklagten geraubt werden könne! [4])

Das Gesetz [5]) wollte eine solche Ungerechtig-

---

3) Martin, Lehrb. des B. Proc. § 244.

4) Praticien franç. T. II. p. 414.

5) Art. 335. Pr. Ord. (Art. 404. Code de proc.) „Der Abstand von dem Processe kann mittelst bloßer Anzeigen, die von den Parteien oder ihren Special-Bevollmächtigten unterschrieben, und von Anwalt zu Anwalt insinuiret werden, geschehen."

Sollte also diese Anzeige nicht vorschriftsmäßig unterschrieben seyn, so ist sie als nicht existirend anzusehen. Sowohl der Kläger, als der Beklagte, können auf den gerichtlichen Ausspruch dieser Richtigkeit dringen, ohne, daß sie nöthig hätten, zu der Mißbilligung (désaveu) ihre Zuflucht zu nehmen. Die Mißbilligung ist nur in Hinsicht derjenigen Handlungen eines Anwalts erforderlich, welche ihm das Gesetz die Gewalt giebt, ohne Namens-Unterschrift seiner Partei vorzunehmen, diese Handlungen sind der muthmaßliche Wille der Partei, bis sie das Gegentheil davon darthut. Verlangt aber das Gesetz eine Unterschrift des streitenden Theils, und diese kann nicht producirt werden, so fällt auch jede Vermuthung, daß die Handlung der Wille der Partei sey, weg; diese hat also keine Verpflichtung, die Mißbilligung zur Hand zu nehmen: es ist hinlänglich, wenn sie

keit nicht; sondern es verlangte zur Rechtsgültigkeit einer Litisrenunciation des Gegners Einwilligung, welche ausdrücklich in einer Schrift geschehen muß, die von dem einen Procurator dem andern durch einen Audienz-Huissier insinuirt wird [6]). Gleichwie also, bis zur Acceptation des erklärten Abstandes, der Kläger seine Anzeige desselben zurücknehmen kann: so hat, für den Beklagten, bis zu diesem Zeitpunkte, die Litisrenunciation nicht die geringste Wirkung [7]). Die durch die Litiscontestation [8]), quasi ex contractu, erhaltene Verpflichtung, kann nur, als sey sie eine vertragsmäßige Verbindlichkeit, aufgehoben werden [9]).

---

auf den wesentlichen Mangel des Acts aufmerksam macht. S. Pigeau, T. I. p. 554 u. 555.

6) Pigeau, T. I. l. c. Lepage, nouveau traité et style de la procédure, T. I. p. 454. Oesterley, practische Erört. Thl. I. p. 380 (2te Aufl.). Vorzüglich aber: Fr. Heinrich von Strombeck, Handb. des westph. Civil-Proc., Thl. II. S. 220.

7) „Le désistement est une simple proposition; il ne lie qu'autant qu'il à été accepté par le défendeur: aussi l'art. 408 ne lui donne-t-il effet que lorsqu'il aura été accepté.“ (Pigeau).

8) Wie aber, wenn noch keine Litiscontestation Statt hatte? — Auch dann würde nach französischen und westphälischen Gesetzen (Art. 122. Pr. Ord. — Art. 171. Code de proc. fr.) eben dieses Rechtens seyn: das Gesetz nimmt hier an, daß bereits durch die Anbringung und Insinuation der Klage sich der Kläger verpflichte, die Entscheidung des Richters, an den er sich wandte, abzuwarten.

9) Dann kann aber, welches schon aus der Natur der Sache

Diese, schon aus der Natur der Sache folgenden Grundsätze liegen deutlich in den Art. 335 und 336 der Pr. Ord. (402, 403 Code de proc. fr.), und sind in folgender Sache, gegen ein Erkenntniß des Tribunals zu Goslar, von der zweiten Section des Appellations-Hofes zur Anwendung gebracht [10]).

---

folgt, der Beklagte gerichtlich angehalten werden, das Désistement anzunehmen, wenn durch dasselbe der angestellten Klage, oder der eingelegten Appellation gänzlich entsagt wird. Jurisprud. sur la procédure, T. I. p. 325. Ist hingegen der Abstand von solcher Beschaffenheit, daß diese Gewißheit nicht daraus folgt: so kann der Gegentheil zu dessen Annahme nicht gezwungen werden. Er ist dann berechtigt, denjenigen Effect, den ihm sein Gegner nicht freiwillig einräumen will, von dem Ausspruche des Richters zu erwarten. — Erkenntn. des Appell.-Hofes zu Turin, d. d. 8ten Jul. 1807.

„Attendu que l'effet du désistement doit être, surtout d'après l'esprit des dispositions du nouveau Code de procédure, d'ôter à la partie, au profit de laquelle le désistement à lieu, toute crainte de voir renaître la contestation dont on se départ: Sans s'arrêter à l'acte de désistement qu'elle entend faire de l'appel présentée par la partie de l'avoué Grasso, renvoie les parties à l'audience du … etc.“ Jurisprud. l. c. p. 327.

10) Auch im Ehescheidungs-Processe läßt die französische Jurisprudenz den Abstand vom Rechtsstreite mit dem Effecte zu, daß in dem neuen Processe von denjenigen Thatsachen wieder Gebrauch gemacht werden kann, deren man sich bereits zur Begründung desjenigen bediente, von welchen man abstehen zu wollen erklärte. Erkenntn. des kays. Gerichtshofes zu Paris, d. d. 18ten März 1811. Sirey, Jurispr. de la cour de cass. 1811. II. Cah. 6. p. 244.

Der Tribunals-Procurator Klipsch zu Magdeburg belangte, am 11ten Junius 1810, a) die in ungetheilter Erbschaft lebenden Erben des verstorbenen General-Pächters Hildebrand (unter welchen sich auch der General-Pächter Wilhelm Hildebrand zu Winzenburg befand), und b) eben diesen, als Solidarschuldner, annoch besonders, auf die Bezahlung einer Wechselschuld von 4000 Rthlr. Gold, welche ihm, dem Kläger, von dem Ober-Acciserath Ursinus zu Magdeburg cedirt sey. Der Kläger trug nicht auf die Wechsel-Execution an.

Am 9ten October 1810 ließ der Kläger dem Anwalte der verklagten Hildebrandschen Erben zu Magdeburg eine Erklärung insinuiren, worin enthalten war, „seine Absicht sey, den General-Pächter Wilhelm Hildebrand zu Winzenburg wegen der bei dem Tribunale zu Magdeburg gegen ihn angestellte Klage ex nexu zu lassen, und ihn, als solidarisch-Verpflichteten, bei seinem Gerichtsstande, dem Tribunale zu Goslar, besonders belangen zu wollen."

Am 24sten November 1810 stellte der Kläger diese Klage auch wirklich an, wobei er zugleich auf Erkennung der Wechsel-Execution antrug.

Der Beklagte setzte ihr die Exception der Litispendenz und Connexität entgegen, und bath daher, nach Maasgabe des Art. 122 der Pr.

Ord. (171. Code de proc. fr.), um **Verweisung der Sache** vor das Tribunal zu Magdeburg.

Der Kläger bezog sich in seiner Replik auf die bereits angeführte Erklärung, den Beklagten in der vor dem Tribunale zu Magdeburg angestellten Klage, ex nexu lassen zu wollen.

Das Tribunal zu Goslar erkannte hierauf (und zwar ohne daß der königl. Prokurator, wie doch nach Art. 44. Ner 3 der Pr. Ord. nöthig gewesen wäre, gehöret worden) 11) am 8ten Januar 1811:

„Da von dem Kläger nachgewiesen worden, daß er den Verklagten, bei dem vor dem Tribunale zu Magdeburg rechtshängig gemachten Processe, ex nexu gelassen: so ist der Verklagte, seines Einwendens ungeachtet, schuldig, sich sofort auf die eingereichte Klage vernehmen zu lassen, und den ihr beigefügten Wechsel entweder anzuerkennen, oder eidlich abzuleugnen.“

Der Beklagte nahm gegen dieses Erkenntniß die Appellation zur Hand, und setzte seine Beschwerden darin:

a) daß von dem Tribunale ohne Anhörung des öffentlichen Ministerii erkannt sey;

---

11) In der vorhergehenden Abhandlung ist in Betracht dieses Umstandes das Nöthige erörtert worden.

b) daß er, Beklagter, schuldig erkannt, sich auf die Klage vernehmen zu lassen, und daß nicht vielmehr der Kläger angewiesen worden, den zu Magdeburg anhängig gemachten Rechtsstreit fortzusetzen.

Die aus dem Mangel der Conclusionen des Ministère public erwachsenden Mängel rechtfertigte er aus dem Art. 44. Ner 3 der Pr. Ord. und dem königl. Decrete, d. d. 27sten Januar 1808, Tit. 4. Art. 1. Ner 3; und in Hinsicht der 2ten Beschwerde bemerkte er, es sey in den Gesetzen deutlich enthalten, daß die Beendigung eines Rechtsstreites durch den Abstand vom Processe nicht von dem Willen einer Partei allein abhänge. Die von dem Appellaten geschehene Erklärung, daß er ihn, den Appellanten, in dem gegen ihn, als Solidar-Schuldner, vor dem Tribunale zu Magdeburg erhobenen Processe ex nexu lassen wolle, sey von ihm nicht angenommen; ja, es sey gegenseits nicht einmahl angeführt, daß dieses geschehen sey. Es fehle hier also offenbar ein wesentliches Erforderniß zur Wirksamkeit der behaupteten Entsagung, und sey es mithin evident, daß durch die im Urtheile bemerkte Nachweisung die Einrede der Rechtshängigkeit keinesweges aus dem Wege geräumt worden. Die gedachte Entsagung selbst sey aber auch nicht so geeigenschaftet, daß durch deren Annahme der wegen des fraglichen Capitals zu Magdeburg erhobene Proceß been-

digt würde, weil der Appellat sie lediglich auf den Appellanten, als angeblichen solidarischen Mitschuldner, beschränkt; ja, ausdrücklich sich die Fortsetzung der Klage, wegen des nemlichen Gegenstandes, gegen sämmtliche Hildebrandsche Erben, wozu der Appellant mit gehöre, vorbehalten habe. Der gegenwärtige Proceß sey aber wenigstens mit jenem vorbehaltenen als connex anzusehen, und daher, nach dem Art. 122 der Pr. Ord., vor das Tribunal zu Magdeburg zurückzuweisen.

Der Appellat erwiederte hierauf, daß, soviel die in erster Instanz fehlenden Conclusionen des Ministère public beträfe, dieser Mangel keine absolute Nullität bewirke, und in gegenwärtiger Appellations-Instanz nachgeholt werden würde; übrigens sey der Appellant vor dem Tribunale zu Magdeburg als Miterbe seines Vaters, des einen Correi, belangt; [12]) und nur in dieser Verbindung wäre es rechtlich möglich gewesen, daß damahls der Klagantrag auf solidarische Erfüllung der Verbindlichkeit mit gerichtet worden; da, ohne diese Connexität der Sache, das Tribunal zu Magdeburg überall nicht competent gewesen wäre, wider den für seine Person dessen Gerichts-

12) Das Gegentheil beweiset jedoch die bei dem Tribunale zu Magdeburg angestellte Klage, vermöge welcher sub B. der Beklagte auch aus eigener Solidar-Verpflichtung belangt war.

barkeit nicht unterworfenen Appellanten ein Urtheil auszusprechen [13]). Der Appellat sey, nach Maasgabe der preußischen Legislation, die, da der Wechsel vom 16ten Februar 1807 datire [14]), zur Anwendung kommen müsse, befugt gewesen, jene frühere Klage gegen die Erben des appellantischen Vaters aufzugeben. Des Appellanten Einwilligung wäre dazu nicht nöthig. Es bedürfe dazu nicht einmahl einer besondern Erklärung von Seiten des Appellaten. Die neue Klage allein sey Erklärung genug. — Sey nun aber die ganze Klage mit Beifall des Gesetzes aufgegeben, so wäre auch der Antrag, welcher mit derselben zusammen gehangen, und welcher, außer diesem Zusammenhange, als rechtlich unmöglich sich dargestellt haben würde, als nicht mehr vorhanden anzusehen. Es unterstütze also so wenig der Art. 122 als der Art. 335 und 336 Pr. Ord. die gegenseitige Einrede der Incompetenz; denn sie setzen einen solchen Fall voraus, wo der frühere Proceß annoch

---

13) Eine prorogatio fori kann aber allerdings einen sonst ratione personae incompetenten Richter competent machen.

14) Der Appellat bezog sich hierbei auf den 1sten Thl. 5ten Tit. § 433 des preußisch. Landr. „Wenn auch der Berechtigte einen oder alle Mitverpflichtete nur für ihren Antheil in Anspruch genommen hat, so kann er doch davon wieder abgehen, und Einen unter ihnen auf das Ganze belangen." — Hier war aber ein Mitverpflichteter bereits auf das Ganze belangt.

wirklich anhängig [15]), und wo also, um ihn zu beseitigen, eine gemeinschaftliche Erklärung beider Parteien erforderlich sey.

Erlaube aber das Gesetz, in einem bestimmten Falle, dem Kläger, einseitig von seiner Klage abzustehen, und eine neue zu erheben: so cessire in dem Augenblicke, wo er sich dieses Rechts bediene, die Rechtshängigkeit vor dem ersten Gerichte, und die förmliche Abstands-Erklärung werde überflüssig [16]). Diesem Grunde träte der zweite hinzu, daß vor dem Tribunale zu Magdeburg im ordentlichen Processe, vor dem Tribunale zu Goslar hingegen im Wechselprocesse geklagt worden. Dadurch, daß ein Wechselgläubiger gegen einen ihm nach Wechselrecht verpflichteten Schuldner, zumahl in Verbindung mit andern, processu ordinario klage, begebe er sich seines Rechtes nicht, diesen einzelnen Schuldner auch nach Wechselrecht zu verfolgen. Die Wechselklage könne aber nur bei demjenigen Gerichte, dem der Beklagte persönlich unterworfen, angebracht werden.

Ferner sey auch gegenwärtige Wechselklage

---

15) Selbst nach der Erklärung des Appellaten, bei seiner partiellen Litisrenuntiation, war aber anzunehmen, daß der frühere Proceß annoch anhängig sey.

16) Dieses war jedoch alles den eignen Erklärungen, bei dem beabsichtigten Abstande, entgegen; und daher, wenn selbst (wie doch nicht der Fall war) jenes Gesetz etwas entschieden hätte, nicht zu berücksichtigen.

mit jener frühern nicht connex. Connex sey ein Proceß mit dem andern, wenn der eine zufolge der in dem andern Statt habenden Entscheidung entschieden werden müsse.

Es dürfe überhaupt die gegenseitige Ansicht der Art. 335 und 336. Pr. Ord. nicht die richtige erscheinen. Das Gesetz erfordere nemlich die Annahme der Litisrenuntiation keineswegs unbedingt, sondern es verordne nur, daß solche angenommen werden müsse, wenn die rechtliche Wirkung, die Sache selbst, von beiden Seiten, auf den Status quo vor der Klage zurückzuführen, eintreten solle.

Wenn also in dem Processe Geständnisse abgelegt, Beweise geführt, Erkenntnisse gesprochen wären, so wäre, damit in einem andern Processe kein Theil darauf Bezug nehme, nothwendig, daß beide Theile consentirten; die Meinung des Gesetzes könne aber nicht seyn, daß der Litisrenuntiant von dem andern gezwungen werden solle, den Proceß fortzusetzen.

Die zweite Section des Appellations-Hofes erließ hierauf am 19ten October 1811 folgendes Erkenntniß, dessen Bewegungs-Gründe eine hinlängliche Widerlegung der Gründe des Appellaten enthalten.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht der Art. 44. Nr. 3, 424, 425. Nr. 8 der Pr. Ord.

In Erwägung, daß, obgleich in gegenwärtiger Sache über eine Einwendung wegen Rechtshängigkeit zu entscheiden war, dennoch in solcher der königliche Procureur mit seinen Conclusionen nicht gehört worden; daß aber die Folge einer solchen Versäumung, wenn sie von dem competenten streitenden Theile gerügt wird, den Gesetzen nach, darin besteht, daß das, ohne jene Conclusionen, abgegebene Erkenntniß, wenn solches in letzter Instanz ertheilt wurde, nach gerechtfertigter Requête civile aufgehoben, wenn es aber ein der Berufung unterworfenes Erkenntniß ist, von dem Appellations-Richter annullirt werden muß:

Annullirt

das Erkenntniß des Tribunals zu Goslar, d. d. 8ten Januar 1811, und ertheilt, da derselbe Gegenstand nicht mehr als zwei Jurisdictions-Graden verfassungsmäßig unterworfen werden darf, nach solcher Annullation, selbst folgendes Urtheil:

Nach Ansicht des 122sten und des 336sten Art. der Pr. Ord.,

Desgleichen der vidimirten Abschrift einer Klagschrift des Tribunals-Procurators Wilhelm Ferdinand Klipsch zu Magdeburg a) gegen die in ungetheilter Erbschaft lebenden Erben des zu Ampfurth verstorbenen General-Pächters Hildebrand, dessen

nachgelassene Wittwe und Kinder, und b) den bereits als Miterben aufgeführten General-Pächter Wilhelm Hildebrand zu Winzenburg, in Betreff einer Wechselschuld von 4000 Rthlr. Gold, und der solcher Klagschrift hinzugefügten Vorladung vor das Civil-Tribunal zu Magdeburg, d. d. 19ten Juni 1810,

desgleichen einer Klagschrift des eben gedachten Tribunals-Procurators Klipsch gegen den ebenfalls genannten Wilhelm Hildebrand zu Winzenburg, in Betreff eines Capitals von 4000 Rthlr. Gold, und der solcher hinzugefügten Vorladung vor das Tribunal zu Goslar, d. d. 30sten November 1810;

In Erwägung, daß nach Ansicht obiger Documente kein Zweifel übrig bleiben kann, daß der Beklagte und Appellant über eben denselben Gegenstand, nemlich über ein Capital von 4000 Rthlr. in Golde, den Friedrichsdor zu 5 Rthlr. gerechnet, welches er, unter solidarischer Verpflichtung mit seinem verstorbenen Vater, von dem ehemahligen Ober-Accise-Rath Ursinus zu Magdeburg auf einen Wechsel geliehen haben soll, zwei Mahl in Anspruch genommen worden, nemlich zuerst in Verbindung mit seinen Miterben, jedoch in demselben Klaglibelle auch besonders als Solidar-Schuldner, vor dem Civil-Tribunale zu Magdeburg, und nachher, ohne seine Miterben, allein,

als Solidar-Schuldner, vor dem Tribunale zu Goslar;

In Erwägung, daß wenn auch der von dem Appellanten angeführte § 433, 1sten Theils, 5ten Tit. des allgem. Landr. für die preuß. Staaten hier angewendet werden könnte (welches jedoch nicht der Fall ist, da dieses Gesetz nicht das Wechselgeschäft in specie, sondern alle Arten der Verträge betrifft, und mithin durch das Gesetzbuch Napoleons bereits am 1sten Januar 1808 aufgehoben worden; in Ermangelung specieller, den Fall entscheidender Wechsel-Gesetze, welche, wenn sie vorhanden, allerdings zur Anwendung kommen würden, die Norm der Entscheidung aber in den jetzt geltenden Gesetzen gesucht werden muß), dennoch aus jener Vorschrift des preuß. Landrechts dasjenige nicht folgen würde, welches Appellat daraus zu folgern beabsichtigt, da in demselben nur der Fall entschieden:

da der Berechtigte einen oder alle Mitverpflichtete nur für ihren Antheil in Anspruch genommen hat,

hier aber der Beklagte nicht nur für seinen Antheil, sondern bereits, in eben der Maaße wie nachher vor dem Tribunale zu Goslar, in Hinsicht des Ganzen in Anspruch genommen worden;

In Erwägung, daß der Umstand hier nichts verändern kann, daß Appellant das erste Mahl im ordentlichen, das zweite Mahl aber im Wechselpro-

cesse in Anspruch genommen, indem durch Verzichtleistung auf ein zustehendes Executions-Mittel, an dem Gegenstande der Klage selbst, hier der Schuldforderung von 4000 Rthlr. Gold, nichts verändert wird;

In Erwägung, daß aber das Gesetz ausdrücklich verordnet, daß, wenn schon vorher eine Klage wegen des nemlichen Gegenstandes bei einem andern Gerichte angebracht war, um die Verweisung an dasselbe nachgesucht werden kann, und wenn dieses geschehen, richterlich verfügt werden muß;

In Erwägung, daß selbst dann eine Connexität im vorliegenden Falle vorhanden seyn würde, wenn Appellat die Litisrenuntiation, in Hinsicht der gegen ihn, als Solidar-Schuldner, zu Magdeburg angebrachten Klage, angenommen hätte, indem dennoch der Rechtsstreit gegen die gesammten Hildebrandschen Erben, wegen desselben Gegenstandes, übrig geblieben wäre, welcher aber sofort als connex mit dem gegen den Beklagten speciell angestellten erscheinen muß;

In Erwägung, daß Beklagter um Verweisung der gegenwärtigen Sache an das Tribunal zu Magdeburg in der ersten Vertheidigung [17]) und also zeitig nachgesucht hat, und daß von dem Kläger und Appellaten keinesweges behauptet, viel-

---

17) S. Rosenthal, im Oesterleyschen Magazine, 4ter Band, 1stes Stück, S. 30.

weniger documentirt ist, daß von seiner Seite ein ordnungsmäßiger Abstand von dem ersten Processe in Hinsicht des Appellanten Statt gehabt, und von diesem, da ein Abstand von einem Rechtsstreite, als ein Vertrag, nicht aufgedrungen zu werden vermag, gesetzmäßig acceptirt sey, überdem aber durch eine solche Acceptation, wie bereits angeführt, die Einrede der Connexität nicht beseitigt seyn würde;

In Erwägung, daß der erste Proceß also noch gegen den Appellanten, selbst nach den eignen Erklärungen des Appellaten, fortdauert;

Erkennt:

daß Appellat mit seiner gegen den Appellanten gerichteten Klage vor dem Tribunale zu Goslar von diesem Gerichte ab- und an das Tribunal zu Magdeburg zu weisen, auch schuldig alle dem Appellanten in beiden Instanzen verursachten Kosten zu ersetzen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appell.-Richter, concl. H. Blumenbach, Subst.-Proc.-Gen.

XXXIV.

Appellations=Fatalien. — Anfang des Laufs derselben.

Bewirkt die Insinuation eines Erkenntnisses von Seiten des Appellanten an den Appellaten auch den Anfang des Laufs der Appellations=Fatalien für den ersten?

Es ist eine sehr gewöhnliche Erscheinung bei dem hiesigen Appellationshofe, daß die Anwälte und Sachwalter der Appellanten die Deduction der beobachteten Appellationsfatalien damit beginnen, daß sie anführen, an einem gewissen Tage das beschwerliche Urtheil dem Gegner insinuiren lassen, und vor Ablauf der zwei monatlichen Frist darauf die Appellation eingelegt zu haben, in der Meinung, daß es darauf ankomme, zu rechtfertigen, daß zwischen der, von ihnen selbst bewirkten, Insinuation an den Appellaten und der Einlegung der Appellation keine größere Frist, als die gesetzlichen zwei Monate, verstrichen seyn.

Diese Meinung ist irrig [1]).

Freilich schreibt der Art. 345 der Pr. Ord. (Art. 448 Code de proc. fr.) vor:

„Die Frist zur Appellations-Einwendung ist zwei Monate, und läuft bei Erkenntnissen, welche nach Anhörung beider Theile gegeben wurden, von dem Tage an, wo dieselben der Partei in Person oder an ihrem Wohnsitze insinuirt wurden";

aber keineswegs ist die Meinung des Gesetzes, durch die in demselben erwähnte Insinuation den Anfang des Laufs der Frist für denjenigen, der die Insinuation auswirkte, zu bestimmen; vielmehr bekömmt dieser (wenn die Insinuation mit dem Vorbehalte der Appellation geschah, denn im entgegengesetzten Falle — signification sans reserves — würde sie eine Entsagung der Appellation enthalten) [2]) durch solche

---

1) H. T.-R. Oesterley scheint vielleicht, der entgegengesetzten Meinung zu seyn, wenn er in der pract. Erläuterung, 2te Aufl. 1ster Thl. S. 395, sagt: „Die Insinuation ist das erste Erforderniß, um den Anfang des Laufs der Appellationsfrist für beide Theile zu bestimmen"; indem diese Worte auch die hier ausgeführte Erklärung zulassen.
Mein Bruder, der H. T.-R. v. Strombeck, hat in seinem Handbuche, Thl. 2. S. 15. § 599, die richtige Theorie deutlich ausgedrückt.

2) Pigeau, I. p. 557. „Il déclare par-là qu'il adopte et s'en contente, puisqu'il en poursuit l'exécution; et il ne peut plus en appeller." — und I. 534. Praticien fr., T. III. p. 100. Oesterley, Magazin, T. I. S. 364 ff.

Handlung lediglich Rechte, nicht aber Verbindlichkeiten. Es wird sein Gegner dadurch gezwungen, binnen der gesetzlichen Frist zu appelliren, wenn anders das Erkenntniß nicht rechtskräftig werden soll, er selbst aber bleibt frei, und kann ruhig erwarten, daß auch sein Gegner ihm das Urtheil insinuiren lasse. Erst von diesem Zeitpuncte fangen auch ihm die Appellations-Fatalien zu laufen an. Diese Grundsätze, welche schon aus der Natur der Sache folgen, da nicht anzunehmen steht, daß jemand durch eigne Handlungen sich um seine Rechte zu bringen oder solche einzuschränken gemeint sey, sind in der französischen Praxis über allen Zweifel erhaben, wie folgende factische Umstände und das darauf erfolgte Erkenntniß des kayserlichen Gerichtshofes zu Paris beweisen [3]).

3) Sirey, jurisprud. de la cour de cassat. 1811. 6. cah. II. p. 244 seqq. Vergl. Merlin, quest. de droit, s. v. Delai § 1. T. III. p. 261, wo eben diese Theorie ausgeführt wird, welche schon Jousse, im Commentar über die Ordonnance von 1667, aufstellte: (ad art. 2. tit. XXII.) „C'est une maxime constante que la signification qu'une partie fait du jugement qui admet à la preuve, ne fait pas courir contre elle le delai de faire enquête, et qu'elle ne le fait courir que contre la partie adverse à qui cette signification est faite; mais si cette partie adverse veut faire courir le delai contre celle qui lui a fait signifier le jugement, il faut qu'à son tour elle lui fasse signifier: en effet on ne peut se servir des diligences d'une partie, pour établir contre elle une fin de non recevoir."

Den 3ten Februar 1810 läßt die kayserliche Regie des Enregistrements und der Domainen ihrem Gegner, Rabourtin, ein Erkenntniß mit dem Vorbehalte der Appellation insinuiren, und erst am 17ten Aug. desselben Jahres, also ungefähr sechs Monate nach der Insinuation, legt sie gegen dieses Erkenntniß die Appellation ein.

Rabourtin behauptete, die Appellation sey desert, da sie länger als drei Monate nach der geschehenen Insinuation Statt gehabt habe, und da der Art. 443 des Code de proc. vorschreibe: „die Frist zur Appellations-Einwendung ist drei Monate (in Westphalen zwei) und läuft bei Erkenntnissen, welche nach Anhörung beider Theile gegeben wurden, von dem Tage an, wo dieselben der Partei in Person oder an ihrem Wohnsitze insinuiret wurden"; und da der Art. 444 (Art. 346 Pr. Ord.) besonders hinzusetze: „Der Ablauf dieser Fristen bringt den Verlust der Appellation mit sich, und es laufen dieselben gegen jede Partei ohne Unterschied." — Wenn die Partei, welche die Insinuation bewirkt hat, die Appellation nach dem Ablaufe der Frist einlegen könne, so würde davon die Folge seyn, daß dasselbe Erkenntniß für den einen Theil in Rechtskraft übergegangen wäre, während dieses in Hinsicht des andern nicht der Fall sey, welches aber nicht Statt haben dürfe, da die Rechte beider Theile stets wechselseitig seyn müssen; daß dieses selbst aus dem Art. 443 des Code de

proc. (Art. 345. Pr. Ord.) folge, woselbst es heiße: „Der Appellant kann, so lange das mündliche Verfahren nicht geschlossen ist, die Appellation beiläufig einwenden, wenn er gleich das Erkenntniß ohne Widerspruch hätte insinuiren lassen; woraus man folgern müsse, daß derjenige, welcher ein Erkenntniß insinuiren läßt, nicht anders als beiläufig davon appelliren kann, wenn die andere Partei auch appellirt.

Die Administration des Enregistrements und der Domainen antwortete hierauf, eine Partei könne nicht selbst bewirken, daß die Appellations-Fatalien gegen sie zu laufen begönnen, und wenn Rabourtin wollte, daß diese Nothfrist auch gegen sie zu laufen anfangen solle, so müsse er auch ihr das Erkenntniß insinuiren lassen.

Der kayserliche Gerichtshof ertheilte darauf am 18ten Febr. 1811 folgendes

Erkenntniß.

Der Gerichtshof:

In Erwägung, daß es eine allgemeine Regel ist, daß keine Partei durch eine von ihr selbst besorgte Insinuation sich um ein Rechtsmittel bringen kann, und daß die Appellations-Frist, nur durch diejenige Insinuation, welche ihr geschehen ist, zu laufen beginnt:

Erkennt, mit Abänderung des vorigen Erkenntnisses, in der Hauptsache u. s. w.

XXXV.

Contumacial-Verfahren. — Opposition.

Auf welchen Grundsätzen beruht die Gerechtigkeit des Contumacial-Verfahrens gegen den nicht erschienenen Beklagten in Frankreich? — und auf welchen Grundsätzen in Westphalen?

Ist es nothwendig, den Beklagten, welcher keinen Anwalt bestellte, zur Anhörung des Contumacial-Erkenntnisses in Person vorladen zu lassen?

Ist dieß wenigstens nöthig, wenn eine Klage auf Anerkennung einer Urkunde angestellt ist?

Muß, in Westphalen, der contumacirende Kläger die Gerechtigkeit des Klaggrundes beweisen?

Bei dem hauptsächlichsten Zwecke dieses Werkes, zu der Verbreitung einer richtigen Anwendung der neuen Gesetzgebung beizutragen, muß es dem Herausgeber erlaubt seyn, auch solche Principien der Praxis mit Aussprüchen des hiesigen höchsten Gerichtshofes zu belegen, welche, im Allgemeinen nicht bezweifelt, dennoch hin und wider durch eine singulare Jurisprudenz einzelner Tribunale und

Rechtsgelehrten nicht angenommen werden. Da es jedoch hier nur darauf ankömmt, den Zweifel Einzelner zu beseitigen, oder eigentlich (indem es so äußerst schwer, vorgefaßte Meinungen durch Ueberzeugung zu besiegen, und durch die schönsten Demonstrationen das Wort „Ich irrte" hervorzurufen), den Gegnern einen Prätext (die Jurisprudenz) zu reichen, in der Praxis ihre Meinung aufzugeben, wobei ihnen denn noch stets der angenehme Trost, daß in der reinern Theorie diese doch begründet bleibe: so ist es Pflicht, dergleichen Materien so kurz als möglich zu behandeln, und sie nicht durch die Erzählung uninteressanter Rechtsfälle widerlich zu machen. Zu Gegenständen dieser Art gehören diejenigen, über welche nachgesetztes Erkenntniß Aussprüche enthält.

§ 1.

Das Institut der Opposition gegen Contumacial-Erkenntnisse (oder vielmehr gegen Abwesenheits-Urtheile, denn die französische Jurisprudenz erblickt in dem Defaut — defuit —, in Civil-Sachen, nicht den geringsten Ungehorsam) hat in Frankreich und in Westphalen eine ganz verschiedene Begründung. In Frankreich, wo die Opposition gegen jedes Abwesenheits-Erkenntniß (wenn nicht das Gegentheil ganz besonders ver-

ordnet worden) [1]) Statt findet, wo sie keineswe-ges, wie in Westphalen, von der Darthuung von Ursachen abhängig gemacht worden, ist es sehr gewöhnlich, daß, ohne die geringste Abhaltung, der Beklagte keinen Anwalt bestellt, oder nicht erscheint. Er kann durch diese Zögerung keineswegs, in der Regel, verlieren, wohl aber, wenigstens an Zeit, die er auf die Instruction eines Anwaltes verwenden müßte, gewinnen. Hier erscheint also das Institut der Opposition in seinem vollen, uneingeschränkten Wirkungskreise, begründet auf das getäuschte Zutrauen des Beklagten zu der, keiner Vertheidigung bedürfenden, Gerechtigkeit seiner Sache. — Vertrauend auf diese erschienen wir nicht, weit entfernt, dadurch irgend einen Ungehorsam (Contumaz) an den Tag legen zu wollen; vielmehr unser ganzes Vertrauen in des Richters Gerechtigkeitssinn setzend: es täuschte uns unser blindes Zutrauen nicht, — ein in unserer Abwesenheit gegebenes Erkenntniß befreite uns von dem ungerechten Anspruche, wir waren, ohne die Mühe und den Verdruß einer Vertheidigung gehabt zu haben, von dem Anspruche des Gegentheils befreit: hier war der eigentliche Zweck unseres Ausbleibens erreicht, und natürlich ist von keiner Opposition die Rede. Doch, auch das Gegen-

---

1) Die angeführte Regel hat nur vier Ausnahmen, über welche Pigeau, T. I. p. 541 nachzulesen.

theil kann sich zutragen, der Richter irrte, nach unserer Meinung, der Gegner benutzte unsere Abwesenheit, und erlangte ein Erkenntniß, welches wir nicht glauben können, erhalten zu haben, wenn wir geredet hätten — unser Zutraun wurde getäuscht: jetzt wird die Opposition begründet; wir können uns beruhigen, hatten wir einen Anwalt, so muß jenes Erkenntniß erst diesem insinuirt seyn, und dann erst nach acht Tagen, nachdem dieses geschehen, kann es vollzogen werden [2]; hatten wir aber nicht einmahl einen Anwalt bestellt, dann kann uns selbst die Drohung einer Execution nicht beunruhigen; wie im ersten Falle binnen jenen acht Tagen, so können wir, in diesem, selbst noch bei der Execution die Opposition gegen das Abwesenheits-Erkenntniß zur Hand nehmen.

Indem man in Frankreich dieses thut, sagt man also gleichsam stillschweigend: „Richter, ich hielt meine Sache für so gerecht, daß ich zu erscheinen für nicht nöthig achtete, mich gänzlich auf eure Gerechtigkeit und euern Scharfsinn verlassend; jetzt sehe ich, man hat euch getäuscht; erlaubt mir jetzt noch meine Vertheidigung, und ich hoffe dann von euch ein anderes, mir günstigeres, Urtheil zu erhalten.“ —

Dies vorausgesetzt, erscheint auch in der schönsten Harmonie mit dem Institute die Vor-

---

2) Code de proc. fr. art. 157.

schrift des Art. 455 des Code de procédure fr.: „Les appels des jugemens susceptibles d'opposition ne seront point recevables pendant la durée du délai pour l'opposition"; — denn wozu soll ich mich an einen höhern Richter wenden, wenn ich von dem Richter, der das Erkenntniß aussprach, der mich noch nicht hörte, wenn ich ihm nur meine Gründe vortrage, selbst ein anderes Erkenntniß erhalten zu können glauben muß?

In Westphalen sah man (wie stets in Deutschland) in dem Nichterscheinen einen Ungehorsam, eine Contumaz. Wer in Deutschland seines Ungehorsams wegen verurtheilt war, und in den vorigen Stand gesetzt seyn wollte, mußte bescheinigen: daß er nicht ungehorsam gewesen sey. Nur dann konnte er darauf Anspruch machen, daß er noch mit seinen Vertheidigungs-Gründen zugelassen würde. Diese Ansicht ist in Westphalen auch bei der Opposition gegen Contumacial-Erkenntnisse angenommen, und also, mit dem Character des Defaut, die Begründung der Opposition gänzlich verändert worden.

Nach dieser veränderten Begründung war es, wollte man consequent seyn, nothwendig, daß, ehe jemand mit seiner Opposition zugelassen werden konnte, er zuvörderst gehalten seyn mußte, die Ursachen darzuthun, derentwegen er nicht erschienen war, oder keinen Anwalt bestellt hatte. In Uebereinstimmung mit der gewählten Ansicht, verordnet die-

ses auch der Art. 113 der Proceß = Ordnung.

Ließe sich nun gleichwohl gegen das hier entwickelte westphälische System, im Vergleiche gegen das französische, Manches, vielleicht mit Rechte, sagen: so muß man doch, wie bereits bemerkt, die Verordnung des Art. 113, welche Oppositions-Ursachen (causes pour lesquelles on n'a pas comparu) erfordert, bei dem einmahl gewählten Systeme, sehr consequent finden, und annehmen, daß es keinem Zweifel unterworfen sey: daß ohne die Bescheinigung von Oppositions = Ursachen, in Westphalen keine Opposition denklich sey; sondern, daß vielmehr der Opponent, wenn er diese Bescheinigung nicht sofort beibrachte, mit seiner Opposition auch sofort abgewiesen werden müsse. Denn wo ist nur eine Spur davon in den Gesetzen vorhanden, daß es dem Richter erlaubt sey, auf die Beibringung jener Bescheinigung zu interloquiren? — Diesen Grundsatz sprach das folgende Erkenntniß der zweiten Section des Appellations-Hofes aus.

Wenn aber, bei jenem Systeme, die Westphälische Pr. = Ord. den mitgetheilten Art. 455 des Code de proc. fr. in dem Art. 355 der Pr.=Ord. wiederholte, und ebenfalls verordnete: „Appellationen von Erkenntnissen, welche der Opposition unterworfen sind, werden während der Oppositions = Frist nicht angenommen"; so muß diese Vorschrift, so lange

sie besteht, zwar ebenfalls befolgt werden, aber mit dem angenommenen Systeme steht sie nicht in Harmonie. Wenn der nichterschienene Beklagte, in Westphalen weiß, mit einer Opposition gewiß abgewiesen zu werden, weil es ihm an Oppositions-Ursachen fehlt: wozu dann ein Rechtsmittel nothwendig machen, dessen Effect sich mit Gewißheit voraussehen läßt? — Muß nicht ein Opponent, welcher weiß keine Oppositions-Ursachen zu haben, und welcher gern sofort appellirte, bei uns, wenn er bona fide zu Werke geht, folgendermaßen in der Oppositions-Instanz redend auftreten:

„Ich bin zwar nicht im Stande, mein Ausbleiben zu entschuldigen, habe aber dennoch die Opposition einlegen müssen, damit ich, nach erhaltenem abweisenden Erkenntnisse, worum ich bitte, zu appelliren berechtigt seyn könne" [5]).

Hier erwachsen also Versäumung und Kosten ohne allen Zweck.

---

5) Man kann nicht einwenden, daß der Art. 355 der Pr.-Ord., indem er vorschreibt, daß die Appellationen von solchen Erkenntnissen, welche der Opposition unterworfen sind, während der Oppositions-Frist nicht angenommen werden, nur solche Erkenntnisse vor Augen habe, die auf ein nicht zu rechtfertigendes Nicht-Erscheinen abgegeben wurden. Ob das Nicht-Erscheinen gerechtfertiget werden könne, oder nicht, weiß nur der Contumacirte. Indem dieser also, ohne zur Opposition zu greifen, sogleich appellirt, bekennt er stillschweigend, keine Oppositions-Gründe zu haben: wie kann man ihn denn zwingen, solche, die er nicht hat, zu bescheinigen?

Ich halte also jenen, obgleich streng zu befolgenden, Art. 355 für eins derjenigen Versehen, welche bei der Emendation eines weitläuftigen, fremden Gesetzes nicht leicht vermieden werden können, welches aber in einem Codice repetitae praelectionis eine Verbesserung wird finden müssen. Einer durch die Erfahrung bewirkten Prüfung bedürfen alle Gesetze: sie ist die beste Lehrerinn, vor ihr verdunkeln oft die glänzendsten Theorien, und ihr werden wir auch einst ein vollkommneres gerichtliches Verfahren zu danken haben: dankend das Gute erkennend, welches bereits das gegenwärtige enthält.

§ 2.

Die ältere französische Jurisprudenz kannte eine bedeutende Menge von Defauts.

Es gab einen defaut de comparoitre, — de defendre, — de plaider, — de produire [4]). Der Code de procédure hat sie sämmtlich in zwei [5])

4) Praticien fr. T. I. p. 432.

5) Irrig sagt der praticien franc. l. c. „le code de proc. a reduit tous ces defauts à un seul", da er doch selbst deren zwei anführt. Unendlich wichtig ist auch der practische Unterschied dieser beiden defauts in Hinsicht der Zeit, binnen welcher es dem Contumacirten erlaubt ist, gegen das Contumacial-Erkenntniß Opposition einlegen zu dürfen, so daß es oft sehr wichtig ist, zu bestimmen, ob faute de comparoir, oder faute de plaider, in Contumaciam erkannt werden könne. Vergl. Jurispr. sur la procédure civile.

aufgelößt. Der erste ist, nach dem Art. 149, wenn der Beklagte keinen Anwalt bestellt (faute de comparoir) [6]; der zweite, wenn der bestellte Anwalt an dem zur Audienz bestimmten Tage nicht erscheint (faute de plaider). Die Pr. = Ord. Westphalens hat diese Gesetzgebung, im Art. 103, wörtlich aufgenommen. In beiden Fällen kann also ein Contumacial = Erkenntniß erfolgen, und hieran zweifelt auch niemand. Welches aber hin und wieder als zweifelhaft erscheint, dieses ist der Umstand:

Ob, im Falle, da kein Anwalt von dem Beklagten bestellt wurde (nachdem er dazu ordnungsmäßig aufgefordert war), der Kläger, nach ausgewirktem Audienz=Termine (so wie dieses in Westphalen nothwendig ist), um ein Contumacial=Erkenntniß zu erlangen, verpflicht sey, den Beklagten wiederum in Person zu dieser Audienz citiren zu lassen? —

Diese Frage ist zu verneinen, und zwar sowol nach französischen als nach westphälischen Grundsätzen. In Frankreich kann dieses gar keinem Zweifel unterworfen seyn, da, nach Maaßgabe

---

T. I. p. 385; T. III. p. 128. 367. — Code de proc. fr. art. 156, 157, 158; Westph. Pr. Art. 108, 109, 110.

6) Comparoir, ein alter mit comparoitre gleichbedeutender terme de barreau. S. Dictionaire de Furetière, ed. de Bauval.

des Art. 61, Nr. 4 des Code de proc., das erste exploit d'ajournement bereits enthielt: „L'indication du tribunal qui doit connaitre de la demande, et *du delai pour comparaitre.*“ „Comparaitre,“ oder im älteren französischen „comparoir,“ heißt aber hier, auf die gesetzmäßige Weise, durch einen bestellten Anwalt vor Gericht erscheinen. Hatte also der Beklagte keinen Anwalt bestellt, so war er nicht vor Gericht erschienen, und es konnte also sein Anwalt auch nicht zur Audienz, durch ein à venir, eingeladen werden; die Erscheinung, ohne einen Anwalt vorher bestellt zu haben, würde aber (außer in dem Falle, wo eine Vorladung mit kürzerer Frist Statt hatte) von gar keiner Wirkung seyn.

In der Westphälischen Pr.-Ord. ist zwar der gedachte Art. 61 dahin, in dem Art. 6. Nr. 5, abgeändert worden, daß es darin nicht heißt: . . . „du delai pour comparaitre,“ sondern: . . . „du delai, à compter de la signification, dans lequel le defendeur devra constituer procureur,“ und so könnte man allerdings schließen zu dürfen glauben, daß es, gleich wie einer Aufforderung einen Anwalt zu bestellen, nun auch, wenn dies nicht geschehen, einer Aufforderung zu dem Erscheinen, welche noch nicht erlassen war, an die Partei selbst bedürfe, und daß erst, nachdem diese Vorladung Statt gehabt, ein Contumacial-Erkenntniß zu erwirken erlaubt sey. Doch, diese Folgerung wäre irrig. Nicht zu gedenken, daß comparoitre

und constituer avoué hier völlig synonyme Ausdrücke sind, und daß das eine nichts anders, an dieser Stelle, als das andere bedeutet [7]): so hat auch das Gesetz in Westphalen, die Auswirkung eines Contumacial = Erkenntnisses ebenfalls ausdrücklich von zwei von einander gänzlich verschiedenen Umständen abhängig gemacht, wovon jeder besonders denselben Effect hervorzubringen im Stande ist. Deutlich sagt der Art. 103 der Pr.=Ord.: „Es findet ein Erkenntniß wegen Ungehorsams Statt:

a) Wenn der Beklagte keinen Anwalt bestellt hat (faute de comparoir);

b) Wenn der bestellte Anwalt an dem bestimmten Tage vor Gerichte nicht erscheint" (faute de plaider ou de se présenter).

Würde also, bis zum Tage der Audienz, kein Anwalt bestellt, so hat, schon dieses einzigen Umstandes wegen, der Kläger das Recht, ein Contumacial=Erkenntniß (faute de comparoir) zu verlangen. Kein Gesetz schreibt ihm vor, den Beklagten, welcher jene Obliegenheit nicht erfüllte, nochmahls persönlich zu dem Audienz=Termine, welchen er, um ein Contumacial=Erkenntniß zu erhalten, auswirkte (pour plaider), vorladen zu lassen. Und mit welchen Umständen würde oft eine solche zweite Vorladung verknüpft seyn? — Sollte vielleicht diese

---

7) Jurisprudence sur la procédure, T. III. p. 128.

zum zweiten Mahle die Wendecirkel, um nach Indien zu gelangen, überschreiten; sollte sie, zum zweiten Mahle, um nach Archangel zu kommen, den Cirkel durchkreuzen, innerhalb dessen die Sonne Monate lang am Himmel glänzt, oder eben so lange sich dem Auge verbirgt? — dergleichen Zögerungen hat das Gesetz keinesweges gewollt.

Zwar leidet es keinen Zweifel (und die entgegenstehende Praxis einiger Tribunale ist irrig), daß, wenn gleich der Beklagte versäumte, binnen der gesetzlichen Frist einen Anwalt zu bestellen, und er dieses Versehen vor der Audienz nachhohlte, dann eine Anzeige derselben an den bestellten Anwalt nöthig werde, und, wenn dieser erscheint, auch nicht ein Contumacial- sondern ein contradictorisches Erkenntniß erfolgen müsse; — dieses folgt aus der Natur der Sache: es acceptirt die abgelaufene Frist nicht das Gesetz; sie ist kein fatale, sondern sie muß erst von der Partei acceptirt werden, und ehe solche dieses nicht that, hat sie kein erworbenes Recht [8]) —: aber eine Aufforderung zu einer solchen, noch zuläßigen Anwalts-Bestellung und Erscheinung (à comparoir et

---

8) In der Audienz selbst kann keine Anwalts-Bestellung (außer in dem bekannten Falle, wo unter einer abgekürzten Frist vorgeladen war) mehr Statt haben, da eine Insinuation derselben an den Anwalt des Klägers in solcher unzuläßig seyn würde.

à plaider) ist nirgend vorgeschrieben. Auch erwartete das Gesetz dergleichen nicht vorgeschriebene Gefälligkeit keineswegs; daher dessen Besorgniß für die Gewißheit der Insinuation des Contumacial-Erkenntnisses (wenn kein Anwalt bestellt war), an den Ausgebliebenen [9]). Müßte der Beklagte zum zweiten Mahle in Person, um zu plaidiren und das Contumacial-Erkenntniß anzuhören, vorgeladen werden: dann wäre jene Besorgniß ungegründet, und die Verordnung der Bestellung eines besondern Huissiers ohne allen Zweck. Es leidet also keinen Zweifel: zur Anhörung eines Contumacial-Erkenntnisses braucht der Beklagte, welcher keinen Anwalt bestellte, nicht vorgeladen zu werden.

§ 3.

Ist diese Jurisprudenz auch auf den Fall anzuwenden, wenn es auf die Anerkennung der Aechtheit einer Privat-Urkunde ankömmt?

In Hinsicht dieser Anerkennung verordnet der Art. 141 der Pr.-Ord.: „Wenn es auf die Aner-

---

9) Art. 108 Pr.-Ord. Art. 156 Code de proc. Vergl. meine Formulare und Anmerk. zur Pr.-Ord. 2te Aufl. 1ster Thl. S. 117, wo ich mich ausführlich über diese Materie geäußert habe.

kennung oder den Beweis über die Aechtheit von Privat-Urkunden ankömmt, so kann der Kläger seinen Gegner binnen einer Frist von 14 Tagen (3 Tagen, Code de proc. fr.) vorladen lassen, um von dem Gerichte eine Bescheinigung darüber zu erhalten, daß die Urkunde anerkannt sey, oder für anerkannt gehalten werde"....; der 142ste Art.: „die Klage auf Anerkennung einer Privat-Urkunde kann für sich allein angestellt, oder mit der Klage über die Hauptsache verbunden werden"...; und der Art. 144 setzt hinzu: „Erscheint der Beklagte nicht, so erfolgt ein Contumacial-Urtheil, wodurch die Privat-Urkunde für anerkannt gehalten wird. ....

Die erste Bemerkung, welche sich hier dem Leser, der die französischen Proceß-Gesetze kennt, aufdringt, ist die, daß die Legislation Westphalens in dieser Materie die Vorschriften des französischen Processes, so wie sie im Code de proc. Art. 193 ff. enthalten sind, unverändert beibehalten hat, mit der einzigen Abänderung, daß die französische Vorladungs-Frist von drei Tagen auf eine „binnen [10]) vierzehn Tagen" erweitert ist.

---

10) In Frankreich darf sie also nicht kürzer als drei Tage, in Westphalen kann sie aber kürzer als vierzehn Tage seyn, denn das Gesetz sagt binnen 14 Tagen. In Frankreich

Das erste, welches also ein Kläger auf die Anerkennung einer Privat-Urkunde zu beobachten hat, ist, daß er dafür Sorge trage, daß die Vorladung nicht auf die gewöhnliche Westphälische Methode (durch eine Aufforderung binnen 14 Tagen einen Anwalt zu bestellen), sondern ganz auf französische Weise (à comparoir à l'audience du tribunal de . . . pour voir dire que ledit Sieur N. sera tenu de reconnaitre sa signature) geschehe. Möge nun die Anerkennungs-Klage isolirt, oder mit der Hauptklage verbunden, angestellet seyn, stets ist also der Beklagte auf einen bestimmten Tag, binnen [11]) der Frist der gesetzlichen 14 Tage, vorzuladen, um zu hören, wie er verurtheilt werde, die fragliche Urkunde entweder

---

wählte man eine so kurze Frist an dieser Stelle, da dem Kläger auf Anerkennung oft daran gelegen seyn muß, sehr schnell die Anerkennung zu bewirken, um durch Inscription der nun authentischen Scriptur eine Hypothek zu erhalten. Man befürchtete, daß selbst die Auswirkung einer Erlaubniß à bref delai vorladen lassen zu dürfen, zu viel Aufenthalt verursachen, und den Kläger um seine Rechte bringen könnte. In Westphalen wird in solchen Fällen die Erlaubniß, mit kurzer Frist binnen den 14 Tagen vorladen zu lassen, nicht verweigert werden können: auch konnte allerdings die kurze gesetzliche Frist von drei Tagen oft nachtheilige Folgen für den Vorgeladenen haben, obgleich die gewöhnlichen Zeitzusätze für die Entfernung allerdings eintreten müssen.

11) Da ihm jedoch kein Nachtheil daraus erwächst, wenn zu einer Audienz außerhalb dieser Frist vorgeladen wird: so wird ihm dieserhalb auch keine Einrede zustehen.

anzuerkennen oder förmlich abzuleugnen. Ist nun diese Klage mit der Hauptsache verbunden, so versteht es sich von selbst, daß wenn die dem Beklagten zur Beantwortung der Klage nöthigen Fristen noch nicht abgelaufen sind, er sich in diesem Audienz-Termine noch nicht in dieser einzulassen brauche, indem ihm jene Fristen, durch die nachgelassene Verbindung beider Klagen, nicht verkürzt werden dürfen. Auch ist es eine Folge der kürzern, als der gewöhnlichen Frist, daß der Beklagte annoch in der Audienz einen Anwalt bestellen kann, wie es denn auch aus der bekannten Verordnung des westphälischen Processes, daß um Audienz zuvörderst gebeten werden müsse, zu folgen scheint, daß der Kläger von dem Richter den Termin, zu welchem er den Beklagten vorladen zu lassen gedenkt, zum Voraus bestimmen lasse.

So wie hier diese Materie vorgetragen, ist sie auch gewiß sehr richtig, von den H. H. Tribunal-Richtern Oesterley und Fr. Heinrich v. Stombeck 12) dargestellet worden, und man kann daher mit Recht annehmen, daß hier die Jurisprudenz Westphalens als feststehend anzusehen sey.

Nachdem nun der Beklagte ausgeführter Maaßen zur Erscheinung auf einen bestimmten

---

12) Oesterley, pract. Erörter., 2te Aufl. Thl. 1. S. 203 ff. Fr. Heinrich von Strombeck, Handbuch, Thl. II. S. 198.

Tag, und also nicht allein zur Bestellung eines Anwaltes, vorgeladen worden, **erscheint** er in dem angesetzten und ihm bekannt gemachten Audienz-Termine mit einem Anwalte, **oder nicht. Hier** ist nur der letzte Fall zu betrachten. In diesem leidet es nun nicht den geringsten Zweifel, daß der Beklagte, wenn er überall nicht erscheinet, und also auch keinen Anwalt bestellt, faute de comparoir, wenn er aber bereits durch einen Aufsatz von Anwalt zu Anwalt einen Procurator bestellt hatte, faute de plaider, in contumaciam dahin verurtheilt werden könne, **daß die fragliche Scriptur nunmehr für anerkannt geachtet werde.**

Von keinem französischen Rechtsgelehrten ist diese Theorie, welche wörtlich in den Gesetzen liegt, je bestritten, und da die westphälische Legislation hier gänzlich mit der französischen übereinstimmt, so muß sie auch bei uns für die richtige anerkanut werden [13]).

Aus dem Gesagten geht also hervor, daß Alles, bei der Beantwortung der Frage, in einem speciellen Falle, **ob eine Urkunde** in contumaciam **für anerkannt zu achten sey, oder nicht,** darauf ankomme, ob der Beklagte ord-

---

13) Vergl. Pigeau, T. I. p. 113. — Lepage, p. 180. — Praticien franç. T. II. p. 68. Pandectes franç. p. Delaporte, T. XVII. p. 195.

nungsmäßig, auf die entwickelte Weise, vorgeladen sey, oder nicht. Ist er bloß zur Bestellung eines Anwaltes aufgefordert: so ist die Vorladung, zu dem bestimmten Zwecke, nichtig, und der Defaut kann nicht erkannt werden, denn es wußte ja der Beklagte nicht wann er erscheinen sollte. Ferner folgt aber auch aus dem Gesagten, daß, wenn der Richter dennoch den Defaut aussprechen sollte, im westphälischen Processe, eine Oppositions-Ursache vorhanden sey, da keine der Person zur Hand gekommene Vorladung dem Verfahren zum Grunde liegt. In dieser Oppositions-Instanz muß dann die Partei die Nichtigkeit der ersten Citation ausführen, damit diese Nichtigkeit, durch ihr Schweigen, nicht gehoben werde.

Wenn in dem nachfolgenden Erkenntnisse diesen jetzt ausgeführten Grundsätzen nicht gemäß erkannt zu seyn scheint: so kömmt dies daher, daß der Beklagte nicht die Nichtigkeit der ersten Vorladung zeitig deducirte, welche vorhanden gewesen zu seyn scheint, sondern, daß er nur behauptete, daß seine Partei, bereits einmahl zur Anwaltsbestellung aufgefordert, eine zweite persönliche Aufforderung zum Audienztermine habe erwarten können. Dies war nicht der Fall: entweder war die erste Vorladung, behuf der Anerkennung, nichtig oder gültig. Im ersten Falle mußte dies gezeigt werden, sonst wurde die Nich-

tigkeit als gehoben angenommen; im zweiten war keine fernere Vorladung nothwendig.

§ 4.

Noch füge ich kurz hinzu (in einer Materie, worin sich so viele Schriftsteller versuchten, ist möglichste Kürze Pflicht): daß das nachfolgende Erkenntniß auch beurkundet, daß, in Hinsicht der Folgen des Ausbleibens des Beklagten, oder seiner Nichtbestellung eines Anwalts, der hiesige Appellations-Hof die gewöhnliche westphälische Theorie befolgt.

Da die factischen Umstände, welche Gelegenheit zu der Verhandlung gaben, die durch das nachfolgende Erkenntniß in Sachen des Kornhändlers Picker zu Sarstedt, Klägers, gegen den Bäckeramtsmeister Warnecke zu Hannover, am 30sten November 1811, beendigt wurde, keinesweges interessant, oder ihre specielle Kenntniß zur Verständlichkeit des Erkenntnisses nothwendig ist: so begnüge ich mich, nur dieses mitzutheilen, doch ohne die Bemerkung unterdrücken zu können, daß von dem H. Präfectur-Rath und Advocaten Manstädt aus Hannover für den Beklagten mit einer lobenswerthen Beredsamkeit geredet wurde, die anerkannt zu werden verdient, wenn auch das

von ihm behauptete Princip der Nothwendigkeit einer zweiten Vorladung an den Beklagten, welcher keinen Anwalt constituirt hatte, obgleich mit vielem Scharfsinn zu deduciren gesucht, von dem Gerichtshofe nicht adoptirt werden konnte.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

So viel zuvörderst das von dem Appellanten gegen das Oppositions-Erkenntniß des Tribunals zu Hannover, d. d. 14ten Jun. 1811, zur Hand genommene Rechtsmittel der Appellation betrifft 14):

---

14) Es hatte nemlich der Appellant die Berufung nicht nur gegen das Contumacial-, sondern auch gegen das contradictorische Erkenntniß ergriffen, wodurch er mit seiner Opposition abgewiesen war, und hierin hatte er, in dem vorliegenden Falle, recht gehandelt, da das letzte Erkenntniß keine bloße Abweisung der Opposition, sondern auch Entscheidungen in der Sache selbst enthielt. Wäre das erste der Fall gewesen, so würde es hinlänglich gewesen seyn, die Appellation lediglich gegen das Contumacial-Erkenntniß zu ergreifen „parceque (wie ein Erkenntniß des Cassationshofes zu Paris, d. d. 25sten Jun. 1811 sagt) le dernier jugement prononcait taxativement sur un point de procédure, c'est-à-dire sur la recevabilité de l'opposition envers le jugement par défaut, dans les circonstances ou cette opposition avoit été formée; parceque ce dernier jugement, ne touchant en aucune manière, *ni par ses motifs, ni par son dispositif, au fond de la contestation,* sur laquelle avoit prononcé le premier jugement par défaut, ... il n'y avoit dès-lors aucune nécessité d'obtenir la reformation de ce dernier jugement, pour rendre efficace l'appel interjetté contre le premier." Sirey, 1811. I. Cah. 8. p. 242.

Nach Ansicht des 113ten Art. der Pr.-Ord.;

In Erwägung, daß von dem Gesetze das Rechtsmittel der Opposition ausdrücklich von dem Darthun der Ursachen abhängig gemacht ist, deretwegen der Opponent nicht erschienen, oder (welches in vorliegendem Falle hauptsächlich in Betracht kömmt) weßwegen er keinen Anwalt bestellt hat; daß von dem Appellanten eine solche Ursache keinesweges dargethan, woraus folgt, daß er dieserhalb sofort mit seiner nicht begründeten Opposition hätte abgewiesen werden müssen, ohne daß ihm einmahl, wie doch geschehen, die Darthuung der Oppositions-Ursachen noch nachzulassen [15];

In Erwägung, daß also durch das angefochtene Erkenntniß ihm nicht zu nahe geschehen;

Erkennt:

daß Appellant mit seiner ungegründeten Beschwerde gegen die Sentenz des Tribunals zu Hannover, d. d. 14ten Junius 1811, abzuweisen.

Ferner, soviel die vom Appellanten gegen das Erkenntniß vom 25sten März 1811 ergriffene Appellation angeht;

---

15) Das Tribunal zu Hannover hatte erkannt: „erwägend ferner, daß der Beklagte die Gründe, weshalb er einen Anwalt auf die Insinuation der Klage nicht bestellt, noch zur Zeit nicht dargethan hat, daß jedoch, wenn er solches zu thun vermöchte, er mit dem Beweise seiner Einrede in der Hauptsache noch zu hören seyn würde; ..... Hiergegen hatte der Appellat nicht gravaminirt.

Nach Ansicht der Art. der Pr. = Ord. 103, 104, 141, 142, 144; imgleichen der Art. 1347 und 1348 des C. N.;

In Erwägung, daß, wenn von dem vorgeladenen Beklagten kein Anwalt bestellt, oder wenn von Vorladung zur Anerkennung einer Privat-Urkunde die Rede ist, wenn der Beklagte, ebenfalls binnen der gesetzlichen Frist, keinen Anwalt bestellt oder nicht erscheint, dann sofort, ohne daß es einer zweiten Vorladung bedarf, gegen ihn in contumaciam erkannt werden kann, maaßen die Französische, hier anzuwendende Jurisprudenz ausdrücklich unter einem Contumacial = Verfahren in Ermangelung der Constitution eines Anwalts, und einem solchen Verfahren bei nicht geschehener Erscheinung vor Gericht, unterscheidet, beide Arten der Contumaz, wie auch bereits mit hinlänglicher Deutlichkeit aus dem Art. 103 der Pr.-Ord. hervorgeht, ein Contumacial-Erkenntniß zur Folge haben können;

In Erwägung jedoch, daß die, in dieser Hinsicht, von der französischen abweichende westphälische Jurisprudenz, bei der Ertheilung eines Contumacial-Urtheils, ausdrücklich erfordert, „daß den Anträgen der nachsuchenden Partei nur dann gemäß zu erkennen, wenn dieselben in den Rechten gegründet und bewiesen erachtet werden";

In Erwägung, daß durch den producirten und für anerkannt in contumaciam erachteten

Schein des Beklagten Johann Albrecht Warnecke, d. d. 5ten Jan. 1811, keinesweges der Grund der Klage für erwiesen erachtet werden kann, indem er nichts als den Empfang von Rocken und Weizen für den Betrag von 445 Rthlr. documentirt, ohne daß daraus auch bestimmt abzunehmen stände, daß Beklagter und Appellant sich als den Schuldner dieser Summe bekannt habe; daß mithin das Contumacial-Urtheil eine Beweis-Auflage des Klaggrundes hätte enthalten müssen;

In Erwägung, daß der gedachte Schein jedoch, nach dem Art. 1347 C. N., wohl für einen Anfang eines schriftlichen Beweises zu erachten;

Erkennt: —

daß von dem judice a quo zwar mit Recht ein Contumacial-Erkenntniß abgegeben, auch der Schein des Beklagten, d. d. 5ten Januar 1811, mit Recht für anerkannt erachtet worden, dem Kläger aber der Beweis des Klaggrundes hätte auferlegt werden müssen, und

Reformirt:

demnach das erwähnte Erkenntniß dahin, daß Kläger annoch, binnen acht Wochen, von dem Tage der Insinuation dieses Erkenntnisses angerechnet, reprobatione salva, den Grund seiner Klage, so wie solche in seinem Libell enthalten, zu beweisen verpflichtet, wozu derselbe sich jedoch auch der Zeugen zu bedienen berechtigt, worauf sodann von dem Richter

1ster Instanz, an welchen diese Sache zurückgewiesen wird, ferner, auch der Kosten wegen, jedoch mit Ausschluß der durch die Opposition veranlaßten, welche Beklagter allein zu tragen, zu erkennen was Rechtens.

Die Kosten dieser Instanz werden in Gemäßheit des 87sten Art. der Pr.-Ord. verglichen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präs., v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appell.-Richter.

XXXVI.

Contumacial-Erkenntniß im Appellatorio. — Anfang des Laufs der Oppositions-Fatalien.

Welches ist, in Hinsicht der Oppositions-Frist, die Wirkung eines gegen den Appellanten abgegebenen Contumacial-Erkenntnisses, wenn dieser zwar ordnungsmäßig einen Anwalt bestellte, solcher aber das auf ihn gerichtete Mandat nicht annahm?

Der 109te Art. der Pr.-Ord. (welcher mit dem 157sten des Code de procéd. fr. correspondirt) schreibt vor:

„Wenn das Erkenntniß gegen eine Partei, die einen Anwalt hat, ertheilt wurde, so findet dagegen nur binnen vierzehn Tagen (acht Tagen, Code de proc. fr.), von der dem Anwalte geschehenen Insinuation angerechnet, die Opposition Statt"; und der Art. 110: „Ist das Erkenntniß gegen eine Partei, die keinen Anwalt hat, ertheilt worden, so ist die Opposition bis zur Vollstreckung desselben zulässig."

Der 356ste Art. der Pr.-Ord. (welcher mit dem 456sten Art. des Code de proc. fr. correspondirt, aber mehrere Zusätze enthält) 1) verordnet:

„Die Anzeige, wodurch man die Appellation einlegt, muß eine genaue Bezeichnung des Erkenntnisses, wogegen appellirt wird, sodann die Bestellung eines bei dem Appellationsgerichte recipirten Anwaltes, und eine Vorladung mit den gesetzlichen Fristen enthalten u. s. w."

Oefter ist nun bei dem hiesigen Appellationshofe schon der Fall eingetreten, daß, nachdem der Appellat die, im Art. 362 der Pr.-Ord. (Art. 462. Code de proc.) vorgeschriebene, Beschwerdenschrift des Appellanten oder, in summarischen Sachen, die, im Art. 363 Pr.-Ord. (Art. 463.

1) Der franz. Code de proc. enthält nur die Vorschrift: „l'acte d'appel contiendra assignation dans le delai de la loi." nach der französischen Praxis hat aber eine Appellations-Einwendung eben dieselben Bestandtheile, welche eine westphälische Appellations-Einwendung enthält. Die französischen Anwälte pflegen sogar die Beschwerden in dem Appellations-Acte bereits namhaft zu machen, welches jedoch keinesweges nothwendig ist. Jurispr. des cours de cassation et d'appel sur la procédure, T. I. p. 75, 118, 156, 182. Auch in Frankreich ist der Appellations-Act nichtig, wenn die Anwalts-Bestellung in demselben fehlt. Jurispr. des cours de cass, T. I. p. 156, 333. Es stimmt also hier die französische Jurisprudenz mit der westphälischen Legislation überein.

Code de proc. fr.) erwähnte, bloße Anzeige (simple acte) vergeblich erwartet, und also selbst durch ein avenir den bestellten appellantischen Anwalt zur Audienz eingeladen hatte, dieser dann erklärte: wie er von der Sache überall nichts wisse, auch weder Acten noch Vollmacht erhalten habe.

Ein Umstand, der sehr wohl in der Wahrheit gegründet seyn kann, da man gewöhnlich [2]) die Abfassung der Appellations-Einlegungen den Tribunals-Procuratoren überläßt, welche oft (ohne weitere Rücksprache mit demjenigen Appellationshofs-Procurator, welchen sie durch ihre Partei bevollmächtigen lassen), diesen Act auf gutes Glück aufsetzend, unbekümmert sind, ob der gewählte Appellations-Gerichts-Procurator die Sache anzunehmen im Stande sey, oder nicht [3]).

Wenn nun, nach jener ablehnenden Erklärung des appellantischen Anwalts, welche dieser gewöhnlich unter die Einladung zur Audienz zu setzen, bisweilen aber auch wohl, wenn er zufällig in dem Audienz-Saale gegenwärtig ist, wann die Sache aufgerufen wird, mündlich abzugeben pflegt, ein Contumacial-Erkenntniß gegen den Appellanten

---

2) S. dagegen meine Formulare und Anmerk. zur Pr.-Ord. (2te Aufl.) 1ster Thl. S. 256.

3) So ist zum Beispiel der verstorbene hiesige Appellationshofs-Procurator Dr. Spiel oft noch lange nach seinem Tode zum Anwalte bestellt.

erlassen wird, ist dann solches, als ein Urtheil anzusehen, welches gegen eine Partei, die einen Anwalt hat; oder gegen eine solche, die mit keinem Anwalte versehen ist, abgegeben wurde? — Findet demnach dagegen nur binnen 14 Tagen, von der dem constituirten Anwalte geschehenen Insinuation angerechnet, oder bis zur Vollstreckung des Erkenntnisses die Opposition Statt?

Die Beantwortung dieser Fragen kann allerdings zweifelhaft scheinen; [4]) geht man aber auf die Absicht des Gesetzgebers, bei der Abfassung des 110ten Art. der Pr.-Ord., zurück, so müssen diese Zweifel verschwinden.

Es soll jeder mögliche Mißbrauch [5]) der Contumacial-Erkenntnisse verhin-

---

4) „L'art. 456 du Code de procédure veut que l'acte contienne assignation, à peine de nullité; et l'art. 161, au titre des ajournemens, veut que l'assignation contienne la constitution de l'avoué qui doit occuper pour le demandeur. Ainsi donc, une fois que le demandeur, ou l'appellant, a constitué un avoué dans l'ajournement, le jugement ou arrêt par défaut qui intervient est censé rendu contre avoué, et non pas contre partie." — Dies waren die Gründe, die man, vor dem Appellations-Hofe zu Limoges, der hier ausgeführten Meinung entgegensetzte.

5) S. m. Formulare und Anmerk. zur Pr.-Ord. (2te Aufl.), 1ster Thl. S. 117, wo von diesen in Frankreich üblichen Mißbräuchen gehandelt ist.

dert werden; dieses ist aber nur dadurch möglich, daß die Partei, gegen welche sie abgegeben sind, von ihrer Existenz eine gesetzliche Notiz entweder wirklich bekommen, oder doch zu bekommen im Stande sey, um sich des ihr zustehenden Rechtsmittels der Opposition zu bedienen. Eine Partei, welche zwar einen Anwalt, ohne dessen Wissen bestellte, der aber entweder von dem ihm übertragenen Geschäfte keine Nachricht erhielt, oder welcher dasselbe zu übernehmen sich weigerte [6]), ist in der Lage nicht, welche das Gesetz voraussetzte. Erst durch die Annahme des übertragenen Geschäfts, von Seiten des Appellations-Gerichts-Procurators, wird der Mandats-Contract perfect; und man kann dann erst sagen, daß eine Anwalts-Bestellung, in der Art, wie sie das Gesetz, zur Sicherheit der Partei, für nothwendig hält, vorhanden sey. Ich halte also dafür, daß in der gegenwärtigen Hypothese die Opposition gegen das erlassene Contumacial-Erkenntniß bis zur Vollstreckung für zulässig gehalten werden müsse.

Diese Theorie ist auch von dem Appellations-

---

6) Es versteht sich, daß der Procurator, welcher nicht, wie der Advocat, einen freien, sondern einen nothwendigen Dienst (Ministère forcé) leistet, dann rechtliche Entschuldigungsgründe habe.

Hofe zu Limoges in folgendem, am 9ten November 1808 abgegebenen Erkenntnisse beobachtet.

Urtheil 7).

Der Appellations-Hof:

In Erwägung, daß die Absicht des neuen Gesetzbuches unstreitig ist, daß keine Uebereilung der contumacirten Partei möglich sey;

In Erwägung, daß, obgleich der Appellant, die Verpflichtung hat, in der Appellations-Einlegung einen Anwalt zu bestellen, dennoch diese Bestellung den Anwalt selbst nicht verpflichtet, indem es von ihm abhängt, ob er den an ihn gerichteten Auftrag annehmen will, oder nicht, daß also, wenn er ihn ablehnt, oder wenn er erklärt, bis jetzt noch keine Aufklärung erhalten zu haben, dann auch das Contumacial-Erkenntniß nicht gegen den Anwalt, sondern gegen die Partei selbst gerichtet seyn muß; wogegen es jedoch anders sich verhalten würde, wenn der bestellte Anwalt zur Eintragung der Sache in die Proceß-Liste oder zur Ansetzung eines Termins beigetragen, oder sonst zu verstehen gegeben haben würde, daß er die auf ihn gestellte Vollmacht annehme, indem dann die Partei bei dem Gerichte repräsentiret wäre;

In Erwägung, daß, im vorliegenden Falle, der bestellte Anwalt, statt das Mandat anzuneh-

7) Jurispr. sur la procéd. T. III. p. 369.

men, förmlich erklärt hat (welches durch das Contumatial-Erkenntniß selbst außer Zweifel gesetzt wird), daß er keinen Auftrag in dieser Sache zu handeln erhalten habe; woraus folgt, daß das in derselben abgegebene Urtheil nur gegen die Partei selbst hat erlassen werden können, und daß, wenn dessen ungeachtet dem bestellten Anwalte das Erkenntniß insinuirt würde, und die Opposition von dem Zeitpuncte der Insinuation zu laufen anfangen sollte, dann die contumacirte Partei, ihres Rechtsmittels der Opposition verlustig werden könnte, ohne überall von dem gegen sie abgegebenen Erkenntnisse Wissenschaft erhalten zu haben; daß also, nach dem Geiste des Gesetzes, welcher jede Uebereilung der contumacirten Partei verhindern will, man die hier in Frage stehende Opposition, welche acht Tage nach der in der Wohnung geschehenen Insinuation eingelegt ist, annoch zulassen muß:

Läßt die Opposition zu.

Erläuternde Bemerkungen
über das
Verfahren in Straffachen
nach Westfälischen Gesetzen.

Ein Commentar
über die
Drei Strafprozeßordnungen
des Königreichs Westfalen
von
Gottfried Friedrich von Bülow
Richter beim Criminalhofe des Oker-Departements.

Drei Bände.

Mit einem vollständigen Sachregister
über alle drei Bände.

Braunschweig, 1812
bei Friedrich Vieweg.

Wenn die Schwierigkeiten der Administration der Justiz in Civil-Sachen, nach den Formen des neuen Processes, vorzüglich in dem großen Umfange dieses Institutes liegen: so äußern sich die Schwierigkeiten des neuen westphälischen Criminal-Processes darin, daß er auf ganz andere Grund-Principien als der bisherige deutsche Criminal-Proceß gebauet ist. Ehemahls war der Richter, sowohl bei der Untersuchung des kleinsten Policei-Vergehens, als des größ-

ten Verbrechens, zugleich Kläger und Richter: jetzt sind beide Functionen, in allen drei Gradationen des Criminal-Processes (in Policei-, Corrections- und eigentlichen Criminal-Sachen), gänzlich getrennt; ja in der letzten Gradation tritt sogar noch eine neue Trennung unter den Urtheilern ein: es giebt Richter der Thatsachen, und Richter für die Anwendung der Gesetze auf die, als wahr angenommenen, factischen Umstände.

Diese Bemerkungen nur flüchtig in Betracht gezogen, wird der größte Kenner des bisherigen Criminal-Verfahrens frei gestehen müssen: daß er in Westphalen wieder zum Schüler geworden sey. Nicht viel mehr wird ihm aus seiner bisherigen Wissenschaft übrig geblieben seyn, wovon er Nutzen zu ziehen vermöchte, als der practische Blick, welcher durch die Betreibung der verschiedenen gerichtlichen Geschäfte erworben wird, und der, wie alle Zeiten anerkannten, aus einem tüchtigen Rechtsgelehrten schnell einen tüchtigen Verwalter jeder andern Gattung öffentlicher Geschäfte zu machen im Stande ist.

Unendlich groß waren also die Schwierigkeiten, mit welchen die neue Criminal-Justiz-Verwaltung im Königreiche Westphalen, und zwar in allen drei Gradationen derselben, zu kämpfen hatte. Vermindert konnten diese Schwierigkeiten werden durch ein genaues Studium der Quellen derselben, der französischen Criminal-Proceß-Gesetze: denn mit wenigen, und nie das Princip angreifenden, Veränderungen gingen diese in unsere Gesetzgebung über. Von dem Herrn Verfasser des gegenwärtigen Werkes (auf welches ich bereits in der Vorrede zu meinen Formularen zur Corrections - Gerichtsordnung zum Voraus aufmerksam machte) ist dieses Studium mit einer lobenswürdigen Gründlichkeit vorgenommen, und es theilt derselbe die Resultate seiner Untersuchung auf eine so genügende Weise mit, daß er den Leser allen Vortheil von dem genießen läßt, was er selbst nur durch weitläuftige Untersuchungen erwerben konnte.

Ich glaube also nicht zu viel zu behaupten, wenn ich das gegenwärtige Werk für einen völlig genügenden Commentar über die drei Strafgerichtsordnungen Westphalens, worin also sowohl die Richter und Beamten des öffentlichen Ministerii, als die Sachwalter der Parteien, alles zur Erklärung und Anwendung der Gesetze Nöthige finden, erkläre. Der practische Nutzen des Werkes wird durch dessen dritten Theil erhöhet, da dieser, durch die Vorlegung von Acten-Stücken, die sehr füglich als Formulare gebraucht werden können, die Theorie vor den Augen des Lesers gleichsam lebendig macht.

F. K. von Strombeck.

Bayerische Staatsbibliothek München

Ich glaube also nicht zu viel zu behaupten, wenn ich das gegenwärtige Werk für einen völlig genügenden Commentar über die drei Strafgerichtsordnungen Westphalens, worin also sowohl die Richter und Beamten des öffentlichen Ministerii, als die Sachwalter der Parteien, alles zur Erklärung und Anwendung der Gesetze Nöthige finden, erkläre. Der practische Nutzen des Werkes wird durch dessen dritten Theil erhöhet, da dieser, durch die Vorlegung von Acten-Stücken, die sehr füglich als Formulare gebraucht werden können, die Theorie vor den Augen des Lesers gleichsam lebendig macht.

F. K. von Strombeck.

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Strombeck, Friedrich Karl <<von>>,

Rechtswissenschaft des Gesetzbuchs Napoleons und der übrigen bürgerlichen Gesetzgebung des Königreichs Westphalen, oder Sammlung von Entscheidungen des königlichen Appellations-Hofes zu Celle und Abhandlungen über die entschiedenen und andere Rechtsfragen
Bd.: 1,2

Braunschweig (1812)

Decis. 110 m-1,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10397259-1